Das antizipierte Besitzkonstitut,

insbesondere bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Günther Fischer
Justizreferendar

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1928

Referent: Professor Dr. Feine.

A. Literaturverzeichnis.

Buhl: Recht der beweglichen Sachen, Berlin 1901 (Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen, XII).

Cosack und Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, 7. Auflage, 1922; Band II 1 u. 2., 7/8. Auflage, 1924.

Draganesco: Besitzerwerb durch Stellvertreter. 1916.

Düringer: Zur Lehre vom Sicherungskauf, LZ. 1908 S. 105. Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung, LZ. 1911 S. 417.

Eccius: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, Gruchots Beiträge Band 47 S. 51 ff.
Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen, DJZ. 1904 S. 53 ff.
Abtretung künftiger Forderungen, Gruchots Beiträge, Bd. 53 S. 1 ff.

Eisenmann: Die Anwartschaft bei aufschiebend bedingtem Rechtserwerb. Diss. Marburg 1921.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 11. Bearbeitung, 25.—29. Auflage 1926.

Göttelmann: Die Eigentumsübertragung nach § 930, insbesondere das antizipierte *constitutum possessorium*. Diss. Jena 1912.

Götz: Eigentumserwerb des Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung. Diss. Breslau 1917.

Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin, LZ. 1912 S. 97.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Hirsch: Die Ersatzstücke bei der Sicherungsübereignung von Inventar und Warenlager, DJZ. 1911 S. 1383.

Höniger: Sicherungsübereignung von Warenlagern. 2. Auflage 1912.

Kohler: Vertrag und Uebergabe, Archiv für bürgerliches Recht, Band 18 S. 1 ff.

Lehmann: Gläubigerschutz 1926.

Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. Iherings Jahrbücher Band 36 S. 1 ff.

Leonhard: Stellvertretung im Fahrniserwerb. 1899.
Lindemann-Sörgel: Kommentar zum BGB. 1921.
Luetgebrune: Die Ersatzstücke bei der Sicherungsübereignung, JW. 1910, S. 140.
Müller: Veräußerung künftiger Mobilien, Gruchots Beiträge Band 54 S. 266 ff.
Oertmann: Zur Frage der Sicherungsübereignung, DJZ. 1911 S. 1178.
Die Rechtsbedingung. 1924.
Planck: Kommentar zum BGB. 4. Auflage 1920.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Regelsberger: Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen, Iherings Jahrbücher Band 44 S. 406.
Reichsgerichtsentscheidungen.
Reichsgerichtsrätekommentar, 4. Auflage, 1923.
Sättler: Sicherungsübereignungen von Sachgesamtheiten, JW. 1927 S. 2453.
Salinger: Gutachten in „Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages 1912", Band 1 S. 409 ff.
Schwarz: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, Diss. Greifswald 1914.
Simon: Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung, 1907.
Sprenger: Der Eigentumserwerb durch Einverleibung in ein Inventar, Rostocker rechtswissenschaftliche Studien III 1. Leipzig 1904.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Auflage 1926.
von Tuhr: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1910—1918.
von Tuhr: Zur Lehre von der Anweisung, Iherungs Jahrbücher Band 48 S. 1 ff.
von Tuhr: Verfügung über künftige Forderungen, DJZ. 1904 S. 426 ff.
Wagner: Eigentumserwerb durch den mittelbaren Stellvertreter. Diss. Rostock, 1914.
Weber: Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten, 1914.
Wolff: Sachenrecht, 6. Bearbeitung 1926, 20.—21. Auflage.

B. Gliederung.

Seite

I. Einleitung: Das antizipierte *constitutum possessorium* („*a. c. p.*") als Vorausverfügung 9

a) Besitzkonstitut und Verfügung 9

b) Verfügung und Vorausverfügung 10

c) Vorausverfügung und *a. c. p.* 11

II. Rechtliche Begründung des *a. c. p.* 11

A. Vorausverfügung im allgemeinen 12

1. Sukzessives Entstehen rechtsgeschäftlicher Tatbestände 12

2. Vorausverfügung über fremde und künftige Rechte 13

3. Rechtlich bedeutsames Wissen bei der Vorausverfügung 15

4. Wirksamkeitsvoraussetzungen und Wirkung der Vorausverfügung 17

a) Erfordernisse der Vorwirksamkeit, insbesondere die individuelle Bestimmtheit des Vorausverfügungsgegenstandes 18

b) Die Vorwirkung 22

α) Bindung 22

β) Anwartschaft 25

c) Das nachholbare Wirksamkeitserfordernis und die Vollwirkung 28

d) Ausfall der *condicio iuris* 31

5. Nur prinzipielle Zulässigkeit der Vorausverfügung 32

B. Die Vorausverfügung mittels Besitzkonstitutes . . . 33

1. Das eigentliche *a. c. p.* 33

a) Besitz und Besitzmittlungsvertrag beim *a. c. p.* 33

b) Die Vorwirkung 36

c) Gutgläubiger Erwerb beim *a. c. p.* 37

2. Das uneigentliche *a. c. p.* 40

a) Zeitliches Auseinanderfallen der Einigung und der Uebergabe oder des Uebergabeersatzes des § 930 41

b) *a. c. p.*-Abschluß bei fehlendem Besitz . . . 43

Seite

c) Der Besitzmittlungsvertrag beim uneigentlichen *a. c. p.* im einzelnen 45
α) Fremde Sachen 46
β) Künftige Sachen 47

3. Die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand 48
a) Die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut 48
b) Warenlager als Sicherungsobjekt 53
c) Die individuelle Bestimmtheit der Ersatzstücke 54
d) Umdeutung des *a. c. p.* in eine Ermächtigung des Schuldners zur Selbstkontraktion . . . 54

4. Zusammenfassung 56

C. Rechtsprechung und Schrifttum zum *a. c. p.* 58

1. Das uneigentliche *a. c. p.* in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes 59
a) Kenntnis der einstweiligen Unwirksamkeit des *a. c. p.* 59
b) Einfluß des Willens Dritter auf die Wirksamkeit des *a. c. p.* 60
c) Die nur vermutete Einigkeit 61
d) Die „Betätigung" des Konstituts 62
e) Die Konkretisierung 64
f) Das *a. c. p.* des Reichsgerichts und § 181 . . 66
g) Die Unsittlichkeit der Sicherungsübereignung mittels *a. c. p.* 67

2. Das uneigentliche *a. c. p.* im Schrifttum 70
a) von Tuhr 70
b) Wolff 72
c) Enneccerus 73
d) Höniger 74

III. Schluß: Abarten des *a. c. p.* 75

C. Abkürzungen.

a. c. p. = antizipiertes *constitutum possessorium.*

Enneccerus = Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 11. Bearbeitung, Auflage 25—29. 1926.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

HGB. = Handelsgesetzbuch.

JW. = Juristische Wochenschrift.

LZ. = Leipziger Zeitschrift.

RGE. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtliche Sammlung.

RG. = Reichsgericht.

S. = Seite.

von Tuhr, I. und II. 1. 2. = von Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Band I bzw. Band II, Halbband 1 und 2. München 1910, 1914, 1918.

Wolff = Wolff, Sachenrecht 6. Bearbeitung, 20.—21. Auflage, 1926.

§ mit Zahl ohne weitere Bezeichnung = § des Bürgerlichen Gesetzbuches.

I. Einleitung:
Das a. c. p. als Vorausverfügung.

Das antizipierte constitutum possessorium („a. c. p.") ist eine Art der Vorausverfügung, verstanden in einem auch über den Rahmen des § 185 II hinaus erweiterten Sinn.

a) Besitzkonstitut und Verfügung.

Eigentum an beweglichen Sachen kann übertragen werden durch Einigung über den Eigentumsübergang und als Uebergabeersatz Vereinbarung eines dem § 868 entsprechenden Besitzmittlungsverhältnisses, § 930. Den Besitzmittlungsvertrag nennt man bei einer solchen Uebereignung Besitzkonstitut (constitutum possessorium). Der Kürze halber pflegt man auch das ganze Eigentumsübertragungsgeschäft so zu bezeichnen — ein unbedenklicher Brauch, da ein Besitzmittlungsvertrag, der nicht im Rahmen eines Uebereignungsgeschäftes auftritt, diesen Namen nur noch bei der Nießbrauchbestellung führt, hier aber immer mit der Bezeichnung dieses Geschäftes zusammen so genannt wird.

Nicht die Einigung über den Eigentumsübergang allein, nicht nur die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses hat den von den Parteien gewollten Wechsel in der Person des Eigentümers zur Folge. Nur wenn beide im Zusammenhang miteinander vorgenommen werden, wird die beabsichtigte Wirkung erzielt; beide sind lediglich Bestandteile *eines* Rechtsgeschäftes, der Uebereignung. Diese gehört zu der Gruppe von Geschäften, welche das Gesetz Verfügungen nennt. Nach *von Thur*[1]) plastischer Begriffsbestimmung ist im Gegensatz zur Verpflichtung, die eine Vermehrung der Passiva bedeutet, die Verfügung eine Verminderung der Aktiva. Diese Definition paßt auch auf jedes Besitzkonstitut.

1) Siehe z. B. DJZ. 1904, S. 426.

b) Verfügung und Vorausverfügung.

Verfügen kann regelmäßig nur, wer Verfügungsmacht über das von der Verfügung betroffene Recht hat. Grundsätzlich ist das der Inhaber des Rechts. Dieses als eine dem Berechtigten von der Rechtsordnung gewährleistete Machtstellung bildet die rechtliche Beziehung des Rechtssubjekts zum Rechtsobjekt; es besteht aus einer Anzahl einzelner, miteinander verbundener Befugnisse, deren wichtigste eben die Verfügungsmacht ist, die Befugnis des Rechtssubjekts, sich des Rechts ganz oder teilweise zu begeben. Oft steht aber außer dem Inhaber auch anderen Personen eine Verfügungsmacht über das Recht zu, kraft Gesetzes oder auf Grund eines Rechtsgeschäftes. Eine solche fremde Verfügungsmacht stellt bald eine Verfügungsbeschränkung für den Rechtsinhaber dar, so beim Pfandrecht oder dem ehemännlichen Verwaltungsrecht; bald besteht sie gleichberechtigt neben der Verfügungsmacht des Berechtigten, so bei der Vertretung oder bei der Verfügungsermächtigung des § 185 I. Von der Regel, daß zum Tatbestand eines Verfügungsgeschäftes die Innehabung des von der Verfügung betroffenen Rechts oder wenigstens die Verfügungsmacht über dieses gehört, macht das Gesetz, wenn man von den hier nicht interessierenden Verfügungen, bei denen der auf ihre Wirksamkeit vertrauende Verfügungsgegner geschützt wird[2]), absieht, eine scheinbare Ausnahme im § 185 II. Einmal kann ein an sich nicht Berechtigter wirksam verfügen, wenn der Berechtigte dieser Verfügung nachträglich zustimmt; dem Nichtberechtigten wird hier rückwirkend eine Verfügungsmacht über das fremde Recht rechtsgeschäftlich verliehen. Sodann wird die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam, wenn der Verfügende das Recht erwirbt oder vom Berechtigten ohne Haftungsbeschränkung beerbt wird; diese Art von Verfügungen kann man antizipierte oder Vorausverfügungen nennen. Im Gegensatz zur genehmigten Verfügung, bei der Rückwirkung erfolgt, kann die Vorausverfügung erst wirksam werden mit dem Moment des Erwerbes des von der Verfügung betroffenen Rechts oder mit dem Eintritt des Erbfalls. Die Konvaleszenz tritt dann ipso iure ein. Daß auch der wirksam Vorausverfügende nicht ohne Verfügungsmacht verfügt, ist erst später zu zeigen.

2) Vgl. u. a. §§ 407, 892, 932, 2366.

c) **Vorausverfügung und** a. c. p.

Da das Besitzkonstitut eine Verfügung ist, und diese sich gemäß § 185 II antizipieren läßt, stehen der Zulässigkeit eines antizipierten Besitzkonstitutes grundsätzliche Bedenken nicht entgegen. Bei ihm handelt es sich einfach um eine Verfügung gemäß § 930, die nur aus dem Grunde zunächst unwirksam ist, weil der Veräußerer zur Zeit der Geschäftsvornahme noch keine Verfügungsmacht hat über die Sache, genauer über das Eigentum an der Sache, über das er scheinbar schon jetzt verfügt, oder das er gerade erst im Hinblick auf die Zukunft veräußern will. Aus der Besonderheit des Verfügungsgeschäftes des § 930, schon allein aus dem Umstand, daß es aus sachenrechtlicher Einigung und Besitzmittlungsvertrag zusammengesetzt ist, ergeben sich jedoch Schwierigkeiten für die Vornahme eines a. c. p. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob sich das a. c. p. dem Prinzip der Vorausverfügung einordnen läßt. Wenn und soweit das nicht angängig ist, bedarf es genauer Untersuchung, ob sich eine ähnliche Wirkung, mag sie auch schwächer sein, vielleicht sogar unter sinngemäßer Heranziehung der für die Vorausverfügung geltenden Regeln, in anderer Weise erzielen läßt. Letzterenfalls würde es sich dann natürlich nicht mehr um ein echtes a. c. p., eine Vorausverfügung gemäß § 185 II, handeln.

In der Praxis wird das a. c. p. besonders häufig verwandt bei der Sicherheitsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand; auf diese wird daher noch besonders eingegangen.

II. Rechtliche Begründung des a. c. p.

Nach der in Folgendem zu entwickelnden Ansicht ist eine Antizipierung des Besitzkonstitutes, allerdings mit verschiedener Wirkung, nicht nur möglich, wenn der Veräußerer bei Abschluß des Verfügungsgeschäftes schon im Besitz der zu veräußernden Sache ist, sondern auch, wenn ihm der Besitz zunächst noch fehlt, mag letzterenfalls die Sache bereits bestehen oder erst von der Zukunft erwartet werden.

Da hier das a. c. p. vom Standpunkt der Vorausverfügung angesehen wird, muß diese zuvor in ihren Grundzügen dargestellt werden.

A. Die Vorausverfügung im allgemeinen.

Die Vorausverfügung ist, besonders soweit sie sogenannte künftige Rechte betrifft, immer noch ein sehr umstrittenes Rechtsgebilde. Im Rahmen dieser Arbeit kann jedoch auf die Streitfragen in ihren Einzelheiten und die umfangreiche Literatur nicht näher eingegangen werden; diese Beschränkung ist umso unbedenklicher, als sich die nachfolgenden Ausführungen über die Vorausverfügung im großen und ganzen, insbesondere im Ergebnis, der herrschenden Lehre anschließen.

1. Sukzessives Entstehen rechtsgeschäftlicher Tatbestände.

Ein Rechtsgeschäft kann die beabsichtigte Wirkung nur und erst dann haben, wenn sein ganzer Tatbestand vorliegt, wenn also alle seine gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen gegeben sind[3]). Sind andererseits sämtliche Tatbestandsmomente erfüllt, so tritt die Wirksamkeit des Geschäftes sofort, d. h. ohne jedes zeitliche Intervall ein. Schließlich muß das Geschäft uno actu vorgenommen werden oder die unitas actus gesetzlich fingiert sein. Eine Folge der Fiktionsmöglichkeit ist, daß der Tatbestand eines Rechtsgeschäftes auch sukzessiv entstehen kann. Diese Fiktion muß aber entweder sich unmittelbar aus dem Gesetz selbst ergeben oder rechtsgeschäftlich besonders bestimmt sein und bestimmt werden

3) Entgegen der wohl herrschenden Meinung wird hier der Ausdruck Tatbestand gleichbedeutend gebraucht mit Gesamtheit der Wirksamkeitsvoraussetzungen. Es ist nicht nur jedes Tatbestandsstück Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern auch jedes Wirksamkeitserfordernis Teil des Tatbestandes. Die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters gehört ebenso wie die Willenserklärung des Minderjährigen selbst zum Tatbestand des Vertrages. — Diese Frage, die in eine Abhandlung über den Begriff des Rechtsgeschäftes hineingehört, kann hier nicht näher erörtert werden. Vgl. z. B Enneccerus, § 136 II B. 3, der der überwiegenden Meinung folgt. Wie hier von Tuhr, II 1 S. 1 ff. unter I.

können. Kraft rein gesetzlicher oder auf Grund rechtsgeschäftlicher Bestimmung muß eine sogenannte Vorwirkung eintreten, die meist in Form einer Bindung der Geschäftsparteien auftritt. Ist eine Wirksamkeitsvoraussetzung bereits vorhanden oder tritt sie ein, so muß sie bis zum Hinzutreten des nächsten oder der etwa sonst noch ausstehenden Erfordernisse bestehen bleiben oder als fortbestehend fingiert werden; bis zum Eintritt des letzten Wirksamkeitserfordernisses muß jeweils eine Vorwirkung erzielt sein, sie muß die bereits vorhandenen Voraussetzungen der Wirksamkeit bis zu diesem Moment erhalten. Liegt dann der ganze Tatbestand vor, so tritt die beabsichtigte Geschäftswirkung, und zwar sofort und ipso iure, ein[4]).

2. Vorausverfügung über fremde und künftige Rechte.

Nach § 185 II soll eine Verfügung über einen Gegenstand wirksam werden, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt. Gegenstand einer Verfügung ist immer nur ein Recht, die rechtliche Beziehungen des Rechtssubjekts zum Rechtsobjekt. Verfügt wird nicht über eine Sache, sondern über das Eigentum oder ein anderes Recht an der Sache, diese ist nur Rechtsobjekt; bei der Verfügung über eine Forderung ist Objekt die Person des Schuldners mit ihrem ganzen Vermögen. Verfügt jemand, vorausgesetzt daß ihm eine besondere Verfügungsmacht über fremdes Recht nicht verliehen wird, über ein Recht, das er gar nicht innehat, so scheint das zunächst widersinnig; denn eine Rechtsbeziehung zwischen dem Verfügenden und dem Rechtsobjekt besteht nicht. Wohl kann ein sonst ganz gleiches Recht, jedoch eine Rechtsbeziehung eines anderen Rechtssubjekts zu dem Objekt, da sein; das ist aber ein anderes Recht wie das, über welches verfügt wird. Dagegen spricht nicht die Uebertragbarkeit des Rechts; nach der Uebertragung ist es eben nicht mehr das Recht des A, sondern das des B. Das neue Recht hat an sich völlig gleichen Inhalt, nur ein anderes Rechtssubjekt. Die herrschende Lehre entscheidet hier freilich anders[5]); sie nimmt trotz des Subjektwechsels vollkommene Identität des Rechts

4) Vgl. insbesondere von Tuhr, II 1 S. 152 f.; siehe auch Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 219 ff. und Oertmann, Die Rechtsbedingung, S. 6 ff.

5) Vgl. z. B. Enneccerus, § 130 II Anm. 7.

an, das alte Recht bleibt bei ihr bestehen, und es entsteht kein neues, inhaltsgleiches. Trotzdem nach der hier vertretenen Ansicht[6]) das Recht in Wahrheit noch gar nicht besteht, läßt der Gesetzgeber die Verfügung darüber doch wirksam werden, wenn dieses zurzeit noch ausstehende Recht später einmal entsteht, wenn also die Rechtsbeziehung zwischen dem verfügenden Rechtssubjekt und dem Objekt durch Erwerbsgeschäft hergestellt ist[7]). Verfügt wird daher über ein künftiges Recht, und es muß sich folgeweise gleichbleiben, ob das Rechtsobjekt bei Abschluß der Vorausverfügung bereits existiert oder nicht. Man darf deshalb nicht sagen, daß der § 185 II nur die sogenannte Verfügung über fremde Rechte, bei denen also das Objekt schon jetzt vorhanden ist, konvaleszieren lasse, während er für die Verfügung über sogenannte künftige Rechte, deren Objekte nämlich auch noch nicht entstanden ist, nur analog zur Anwendung komme[8]): in beiden Fällen ist das Recht genau genommen ein künftiges. Damit erledigt sich die Streitfrage, ob und inwieweit eine solche Analogie zulässig ist: die Verfügung über „fremdes und künftiges Recht" konvalesziert gemäß § 185 unmittelbar[9]). Eine gesetzliche Anerkennung der Vorausverfügungsmöglichkeit über sogenannte künftige Rechte ergibt sich übrigens auch aus § 573 Satz 2, der sie als selbstverständlich voraussetzt.

Gleiches hinsichtlich der fremden und künftigen Rechte gilt natürlich auch, wenn es sich bei der Konvaleszenz nicht um den Erwerb durch den Vorausverfügenden, sondern auch wenn es sich um die Beerbung durch den Berechtigten als unbeschränkt haftenden Erben handelt. Die gesetzliche Gleich-

---

6) Ebenso übrigens auch von Tuhr, II 1 S. 388 Anm. 145—146; Tuhr setzt sich hier in offenbaren Widerspruch zu seinen Ausführungen in I 1 S. 219 Anm. 1a, wo er sich der herrschenden Meinung anschließt.

7) Darüber, daß in Wahrheit das Recht nicht erst entsteht, sondern nur der Entstehungstatbestand vorliegen muß, vgl. unten unter 4c. Das Recht, über welches der Vorausverfüger schon jetzt verfügt, würde bei seinem „Erwerbe" bei ihm entstehen, wenn er nicht darüber bereits vorausverfügt hätte.

8) So z. B. von Tuhr, DJZ. 1904 S. 427.

9) Vgl. im übrigen zu dieser Streitfrage Oertmann a. a. O. S. 182 und die dort angegebene Literatur.

behandlung in § 185 II beruht auf dem Gedanken der Fortsetzung der Persönlichkeit des Verstorbenen durch den vollhaftenden Erben. Daher muß auch Konvaleszenz eintreten, wenn dieser Erbe beim Erbfall noch nicht Berechtigter ist, das betreffende Recht aber später erwirbt[10]).

Im übrigen soll in Folgendem regelmäßig nur der wichtigste Fall, der des Erwerbes durch den Vorausverfüger, behandelt werden, während auf die beiden anderen Fälle nur, wenn sich Besonderheiten ergeben, eingegangen wird.

3. Rechtlich bedeutsames Wissen bei der Vorausverfügung.

Oft werden Vorausverfüger und Vorausverfügungsgegner wissen, daß die Vorausverfügung die beabsichtigte Verfügungswirkung zunächst nicht hat, und sie werden daher die Verfügung gerade im Hinblick auf ihre endgültige Wirksamkeitsmöglichkeit auffassen. Andererseits sind sich häufig die Parteien der einstweiligen Unwirksamkeit der Verfügung nicht bewußt. Trotzdem konvaleszieren mit dem Erwerb durch den Vorausverfüger beide Arten von Verfügungen. Es besteht keine Veranlassung, zwischen ihnen einen rechtlichen Unterschied zu machen oder sie gar praktisch verschieden zu behandeln. Daß diesem Wissen oder Nichtwissen der Parteien eine rechtliche Bedeutung nicht beizumessen ist, sollte bei dem klaren Wortlaut des § 185 II, der für eine andere Auffassung nicht die geringste Handhabe bietet, nicht bestritten werden[11]). Lediglich die Vorschriften über den guten Glauben und die ihnen verwandten Bestimmungen erheischen gegebenenfalls eine verschiedene Beurteilung; doch sind das Ausnahmeregeln.

Möglich ist auch, daß der Vorausverfüger die einstweilige Unwirksamkeit seiner Verfügung kennt, während sie dem Gegner nicht bekannt ist. Auch hier wird man, abgesehen

---

10) Ebenso Enneccerus, § 191 III 2. Folgerecht muß die Vorausverfügung auch dann noch konvaleszieren können, wenn dieser Erbe seinerseits von dem Berechtigten ohne Haftungsbeschränkung beerbt wird.

11) So will z. B. Müller, Gruchot 54 S. 234 ff. bei Nichtwissen der Parteien die Vorausverfügung nach Analogie der §§ 308, 161 behandelt wissen. Wie hier von Tuhr, II 1 S. 383 Text zu Note 114.

von den erwähnten Fällen des gutgläubigen Erwerbes, gemäß § 185 II Konvaleszenz eintreten lassen müssen, es sei denn, daß auch die Parteierklärungen sich nicht decken, also ein Fall des sogenannten versteckten Dissenses vorliegt. Diese Ausnahme ist jedoch von geringer Bedeutung[12]). Wenn die Willenserklärungen zueinander passen, dann wird auch trotz der Nichtübereinstimmung der beiderseitigen Willen keine Anfechtung gemäß § 119 gegeben sein, wenn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles von dem Vorausverfügungsgegner ein anderer Geschäftserfolg nicht würde angestrebt sein; und das wird nicht selten zutreffen. Entsprechend ist zu entscheiden, wenn der Vorausverfüger die vorläufige Unwirksamkeit nicht gemerkt hat, der Gegner sich ihrer aber bewußt war; nur wird hier die Anfechtung regelmäßig ausgeschlossen sein, da es dem Vorausverfüger gleichgültig sein kann, ob der Gegner das Recht sofort oder erst später erwirbt, er selbst aber keinerlei Nachteil hat.

Einseitige Vorausverfügungen können, abgesehen von ihrer praktischen Seltenheit, grundsätzlich nicht konvaleszieren. Das muß nach Analogie des § 180 Satz 1 ausnahmslos bei nicht empfangsbedürftigen Erklärungen gelten[13]). Einseitige Vorausverfügungen, die einem anderen gegenüber vorgenommen werden, z. B. die Aufrechnung, können jedoch gegebenenfalls konvaleszieren. Das Wissen von der einstweiligen Unwirksamkeit ist hier von ausschlaggebender Bedeutung. Halten beide Parteien oder wenigstens der Vorausverfügungsgegner die Verfügung für sofort wirksam, den Vorausverfügenden also bereits für den Berechtigten, so bleibt die Verfügung definitiv unwirksam. Wußten beide oder zum mindesten der Gegner, daß die Verfügung vorläufig unwirksam sei, dann konvaleszient die einseitige Vorausverfügung, wenn der Gegner aus diesem Grunde dem Verfüger gegen-

---

12) Häufig wird hier auch noch gemäß § 140 oder § 155 Abhilfe zu schaffen sein.

13) Allerdings lassen sich für den Grundsatz des § 180 Satz 1, daß z. B. bei der Dereliktion weder eine Genehmigung bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht noch eine Konvaleszenz bei nachträglichem Erwerb durch den Vorausverfüger möglich ist, stichhaltige rechtspolitische Gründe kaum anführen.

über nicht sofort Widerspruch erhebt. Das ergibt die Analogie aus § 180 Satz 2[14]).

Auf das Wissen Dritter, daß es sich nur um eine Vorausverfügung handelt oder daß überhaupt eine Vorausverfügung vorgenommen wird, kommt es regelmäßig nicht an. So muß sich der künftige Schuldner des Vorausverfügers gefallen lassen, daß schon im Moment der Entstehung der Forderung diese auf den neuen Gläubiger übergeht, wie er ja, wenn überhaupt (§ 399), es in einem späteren Zeitpunkt dulden müßte. In gleicher Weise können auch die Gläubiger des Vorausverfügers oder sonstige Dritte das Wirksamwerden einer mit oder ohne ihr Wissen vorgenommenen Vorausverfügung nicht hindern, es sei denn, daß sie ausnahmsweise schon wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein sollte oder auf Grund sonstiger allgemeiner Vorschriften sich ein Anderes ergibt; von diesen Grenzen einer jeden Vorausverfügung wird alsbald noch zu handeln sein. Hier sei nur die besondere ausdrückliche Bestimmung des § 573 Satz 2 nochmals erwähnt, nach welcher die Kenntnis von der Verfügung über künftige Mietzinsforderungen für den Erwerber des Mietgegenstandes rechtlich sehr bedeutsam ist.

4. Wirksamkeitsvoraussetzungen und Wirkung der Vorausverfügung.

Die Entstehung des Tatbestandes ist beim Vorausverfügungsgeschäft eine sukzessive. Zwischen dem Eintritt der ersten Wirksamkeitserfordernisse[15]) und dem des letzten, der Zuständigkeit des Vorausverfügenden für das von der Verfügung betroffene Recht, liegt immer ein gewisser Zeitraum. Um die zuerst gegebenen Voraussetzungen der Wirksamkeit diese Zeit über lebensfähig zu erhalten, bedarf es auch hier einer Vorwirkung. Mit dem Erwerbe oder der Beerbung gemäß § 185 II kann und muß dann die Vorausverfügung

14) Die herrschende Meinung lehnt zu Unrecht unter Berufung auf die Analogie des § 180 jede Konvaleszenzmöglichkeit bei einseitigen Vorausverfügungen ab; vgl. Enneccerus, § 191 Anm. 25, der auch § 111 zum Beweis heranzieht.

15) Der Ausdruck Wirksamkeitserfordernis wird hier auch nicht in einem besonderen, engeren Sinn, wie das z. B. Oertmann a. a. O. S. 21 tut, gebraucht; vgl. oben Anm. 3.

konvaleszieren: die beabsichtigte Verfügungsvollwirkung tritt ipso iure ein.

a) Erfordernisse der Vorwirksamkeit, insbesondere die individuelle Bestimmtheit des Vorausverfügungsgegenstandes.

Die Verfügung wird wirksam, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt[16]). Nach § 185 II darf also nur noch dieser Erwerb ausstehen, während alle übrigen Voraussetzungen der Verfügungsvollwirkung gegeben sein müssen. Für letztere gelten die allgemeinen Regeln, nach denen die unitas actus zum mindesten fingiert sein muß. So dürfen natürlich gemäß §§ 130, 145 auch bei der Vorausverfügung die wechselseitigen Willenserklärungen in zeitlichen Zwischenräumen einander folgen. Auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht kann eine Vorausverfügung vornehmen, wenn der Vertretene sie nur genehmigt. In diesen Fällen handelt es sich gerade wie in § 185 II um besondere Vorschriften, die ausdrücklich die Sukzessivität der Tatbestandsentstehung gestatten. Im allgemeinen müssen aber auch bei der Vorausverfügung sämtliche Wirksamkeitserfordernisse bis eben auf den nachfolgenden Erwerb vorliegen; es wird dann gemäß § 185 II die Vorwirkung erzielt, daß die Verfügung wirksam werden muß, wenn der Erwerb erfolgt. Diesen Teil des Vorausverfügungstatbestandes, also den ganzen Tatbestand mit Ausnahme des noch ausstehenden Erwerbes, kann man daher Erfordernisse der Vorwirksamkeit oder Vorwirksamkeitsvoraussetzungen der Vorausverfügung nennen[17]).

Diese Vorwirksamkeitserfordernisse sind immer zugleich auch Voraussetzungen für die volle Wirkung der Vorausverfügung und sind ebensolche Tatbestandsstücke, wie sie auch bei allen anderen Verfügungen vorhanden sein müssen. So ist, wie bei jeder Verfügung, die Rechtsfähigkeit des Vorausverfügers Voraussetzung für die Vor- und Vollwirksamkeit. Ebenfalls darf ihm auch die Geschäftsfähigkeit nicht fehlen.

16) oder wenn er von dem Berechtigten ohne Haftungsbeschränkung beerbt wird oder der vollhaftende Erbe später erwirbt.

17) Manche, so Enneccerus, § 302 Anm. 13, sprechen hier von Erfordernissen des Geschäftsabschlusses, andere, wie Müller a. a. O., von Errichtungserfordernissen.

Vorausverfügt ein Geschäftsunfähiger, so tritt mit seinem Erwerbe die Konvaleszenz nicht ein, mag er auch vor dem Erwerb voll geschäftsfähig geworden sein. Auch auf seiten des Vorausverfügungsgegners ist zur Vorwirkung Rechts- und Geschäftsfähigkeit erforderlich. Ist der Vorausverfüger beschränkt geschäftsfähig, so kann die zweiseitige Vorausverfügung, wenn sie nicht schon mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen ist, gemäß § 108 durch dessen Genehmigung konvaleszenzfähig werden; ob erst die Genehmigung erteilt wird und dann der Erwerb erfolgt oder umgekehrt, macht wegen der Rückwirkung der Genehmigung keinen Unterschied. Einseitige, mit Einwilligung des Vertreters vorgenommene Vorausverfügungen eines Beschränktgeschäftsfähigen unterliegen, soweit sie überhaupt zulässig sind, der Beschränkung des § 111[18]). Der Vorausverfügungsgegner braucht grundsätzlich, wie sonst bei Verfügungen der Gegner, nur beschränkt geschäftsfähig zu sein, da die ihm gegenüber vorgenommene Vorausverfügung ihm ihrer zweckfreien Natur wegen lediglich rechtlichen Vorteil bringt: § 107.

Nach der negativen Seite hin ist Vorwirksamkeitserfordernis, daß der Vorausverfüger nicht über sein künftiges Vermögen als Ganzes oder zu einem Bruchteil im voraus verfügt. Wenn auf Grund des § 310 schon die Verpflichtung zu einer Verfügung über das künftige Vermögen nichtig ist, so muß es die Vorausverfügung erst recht sein[19]). Das Erfordernis der Sittlichkeit wird man bei der Vorausverfügung grundsätzlich ebensowenig aufstellen, wie bei sonstigen abstrakten Geschäften. Da aber oft das der Vorausverfügung zugrundeliegende Kausalgeschäft sittenwidrig ist, kann auch dieses selbst, auf Grund einer Analogie des § 139, dann nichtig sein, wenn beide Geschäfte „in untrennbarem Zusammenhang" gewollt sind[20]). Wird die Nichtigkeit auf sittenwidrige Schädigung der Gläubiger des Vorausverfügers gestützt, so ist zu beachten, daß auch das Kausalgeschäft dann

18) Vgl. oben unter 3 im dritten Absatz; in dem gleichliegenden Fall einer Vorausverfügung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht würde übrigens § 180 analoge und direkte Anwendung finden.

19) So auch von Tuhr, II 1 S. 390.

20) Vgl. Enneccerus, § 178 II 3 Anm. 18.

nicht sittenwidrig und nichtig ist, wenn den Gläubigern das Anfechtungsrecht der Konkursordnung oder des Anfechtungsgesetzes zu Gebote steht oder gestanden hat [21]). Bei den sogenannten Knebelungsverträgen ist das der Vorausverfügung zugrundeliegende Geschäft, soweit es nicht etwa schon gemäß § 310 unzulässig ist, auch dann schon nichtig, wenn das Verhalten nur des Vorausverfügungsgegners gegen die guten Sitten verstößt, während dem „geknebelten" Vorausverfüger die Absicht einer Schädigung seiner Gläubiger fehlt [22]).

Das gerade bei der Vorausverfügung besonders wichtige Erfordernis der Voll- und Vorwirksamkeit ist die individuelle Bestimmtheit des Verfügungsgegenstandes. Man kann sich zur Verfügung über Gattungssachen und Sachgesamtheiten oder zu sonstigen nicht speziell bestimmten Leistungen verpflichten: ja es gibt Verpflichtungen zu noch ganz unbestimmten Leistungen, §§ 315 ff. Immer aber muß im Moment der Erfüllung, zur Zeit der Vornahme der Verfügung die Unbestimmtheit völlig behoben sein. Es muß klar sein, was im einzelnen von der Verfügung betroffen ist, welche Aktiva aus dem Vermögen des Verfügenden ausscheiden sollen. Bei Vornahme der Verfügung muß daher ihr Gegenstand individuell bestimmt sein. Das erscheint bei der Verfügung im allgemeinen selbstverständlich, da ja ihre Wirkung sofort eintreten soll. Bei der Vorausverfügung ist die Wirkung zeitlich noch hinausgeschoben, sie erfolgt erst im Zeitpunkt des Erwerbes durch den Vorausverfüger. Trotzdem ist auch bei ihr

---

21) Wenn die Parteien die Absicht haben, die Gläubiger des Vorausverfügers zu schädigen, soll nach von Tuhr, II 2 S. 45 Anm. 144, das Kausalgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, die Verfügung anfechtbar sein. Das dürfte nicht zutreffen. Wenn die Verfügung anfechtbar ist, so kann auch das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft nur angefochten werden. Allerdings schließt der weitere Tatbestand der Sittenwidrigkeit die Anfechtungsvoraussetzungen in sich, doch gehen die Anfechtungsbestimmungen als *leges speciales* der *lex generalis* des § 138 vor. Vgl. § 3 Z. 1 AFG., dessen Voraussetzungen an sich auch schon für die Sittenwidrigkeit ausreichen würden.

22) A. A. von Tuhr, II 2 S. 38 Anm. 97, weil das sittenwidrige Verhalten nur einer Geschäftspartei Nichtigkeit nicht zur Folge habe; dagegen wohl § 139.

die spezielle Bestimmtheit bereits von vornherein zu fordern; denn Vorwirksamkeitserfordernisse sind sämtliche Voraussetzungen der Wirksamkeit bis auf den nachfolgenden Erwerb. Man wird nun nicht verlangen, daß die Parteien den Vorausverfügungsgegenstand jedes Mal bis ins einzelne genau bestimmen. Das geschieht praktisch auch nicht bei der Verfügung im allgemeinen. Der Gegenstand muß nur genügend bestimmt werden, er braucht nur bestimmbar zu sein. Es darf, wenn das Recht später auf den Vorausverfügungsgegner übergeht, keinen Augenblick zweifelhaft gewesen sein, daß dies Recht gerade in dem Umfang und von dem Inhalt, wie es dann tatsächlich erworben wird, und kein anderes Recht von den Parteien gemeint war. Die Bestimmtheit ist dann eine genügende, wenn der Gegenstand der Vorausverfügung insoweit von den Parteien bestimmt werden kann und bestimmt wird, daß die beabsichtigte Verfügungsvollwirkung schon jetzt eintreten würde, wenn der Vorausverfüger nicht zur Zeit der Rechtszuständigkeit ermangelte. Das gilt ebenso für fremde wie für künftige Rechte. Man muß immer im Auge behalten, daß der Verfügungsgegenstand, das Recht, etwas rein Gedachtes ist. Es kann daher auch eine Rechtsbeziehung zu etwas nur Vorgestelltem, dem künftigen Rechtsobjekt, gedacht werden. Verwirklicht sich das im Geiste vorgestellte Bild der künftigen Rechtsbeziehung zu einem noch nicht existierenden Objekt, soweit es überhaupt verwirklicht werden kann — denn das Recht bleibt ja immer nur eine Vorstellung —, dann steht der Konvaleszenz der Vorausverfügung nichts mehr im Wege.

Bei der Verfügung über die sogenannten künftigen Forderungen spricht man häufig davon, daß für diese bereits der Grund gelegt sein müsse, und macht hiervon die Konvaleszenz abhängig [23]). Diese Forderung eines solchen Grundverhältnisses rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur ist lediglich eine Umschreibung für die genügende Bestimmtheit der künftigen Forderung; außerdem führt sie oft zu recht unbilligen Ergebnissen [24]). Letzten Endes wird man die Entscheidung der Frage, ob eine genügende Bestimmtheit vorliegt,

23) So besonders Oertmann zu § 399 seines Kommentars und Rechtsbedingung S. 148; dagegen mit Recht Tuhr, DJZ. 1904 S. 426 ff.

24) Vgl. von Tuhr a. a. O.

immer der Würdigung des Einzelfalles überlassen müssen. Das Reichsgericht hat eine ganze Reihe solcher Einzelentscheidungen erlassen; genau umgrenzte Grundsätze hat es jedoch aufzustellen geflissentlich vermieden [25]).

Auf einen Fall der genügenden oder ungenügenden Bestimmtheit, die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand mittels antizipierten Besitzkonstituts, wird noch einzugehen sein.

b) Die Vorwirkung.

Wie alle Rechtsgeschäfte, deren Tatbestand sukzessiv entsteht, hat auch die Vorausverfügung eine Vorwirkung, welche den bereits vorhandenen Teil der Wirksamkeitsvoraussetzungen erhält, bis das letzte, fehlende Tatbestandsstück hinzutritt.

α) Bindung.

Regelmäßig äußert sich die Vorwirkung in Form einer Bindung. So auch bei der Vorausverfügung. Das ergibt § 185 II 1, der das Wirksamwerden ohne jede Einschränkung anordnet. Die Vorausverfügung kann einseitig nicht mehr widerrufen werden, ihre Aufhebung ist nur möglich durch contrarius consensus.

Mit einem Unterfall der sich aus § 185 II 1 ergebenden Bindung haben wir es zu tun im Schlußsatz desselben Paragraphen. Hier ist noch einmal die Bindung des Vorausverfügers ausdrücklich ausgesprochen für den Fall, daß er eine einer bereits vorgenommenen widersprechende Vorausverfügung vornimmt; die spätere Vorausverfügung muß der früheren weichen [26]). Wird eine Sache zunächst vorausverpfändet, darauf vorausübereignet, so werden beide Vorausverfügungen, vorausgesetzt daß sie überhaupt konvaleszenzfähig sind, mit dem Erwerbe wirksam. Wird zunächst unter aufschiebender Bedingung vorausverfügt, dann eine gleiche, aber unbedingte Vorausverfügung abgeschlossen, erfolgt dar-

25) Siehe z. B. RGE. 67, 166; 90, 249; 92, 239; 93, 246.

26) Auf die Frage des Erwerbes vom „nicht berechtigten Nichtberechtigten" durch den Gegner der zweiten Vorausverfügung, also die Möglichkeit einer Analogie des § 161 III, soll erst später beim *a. c. p.* im Zusammenhang eingegangen werden; siehe unten B. 1 *c*.

auf der Erwerb durch den Vorausverfügenden und tritt erst nachher die Bedingung ein, so konvaleszieren beide Vorausverfügungen, die eine als bedingte, die spätere als unbedingte. Daß dann bei Eintritt der Bedingung die zweite, unbedingte Vorausverfügung später insoweit unwirksam wird, als sie der zuerst vorgenommenen widerspricht, ergibt sich aus § 161. Tritt bei der aufschiebend bedingten Vorausverfügung die Bedingung nach Vornahme der mit ihr nicht im Einklang stehenden unbedingten Vorausverfügung, aber vor dem Erwerb ein, dann wird eine Konvaleszenz der unbedingten Vorausverfügung auf Grund analoger Anwendung des § 161 gemaß § 185 II ausgeschlossen sein müssen[27]). Bei einer Vorausverfügung in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht, der eine widersprechende Vorausverfügung des Vertretenden selbst nachfolgt, kann das Geschäft des Vertreters sogar dann nicht wirksam werden, wenn die Genehmigung vor dem Erwerb und nach Vornahme der späteren Verfügung durch den Vertretenen erteilt wird, da hier die Analogie des § 184 II eine Rückwirkung der Genehmigung ausschließt.

Ebenso wie der Vorausverfüger ist auch der Vorausverfügungsgegner an die Vorausverfügung gebunden[27a]). Hat der Vorausverfügende die fremde Sache gemäß § 929 Satz 1 übergeben, so kann auch der Gegner ohne Einverständnis des Verfügers nicht mehr widerrufen. Es nützt ihm nicht, wenn er die Sache zurückgibt; er kann nicht einmal im voraus derelinquieren, da ja einseitige, nicht empfangsbedürftige Vorausverfügungen wegen des Grundsatzes des § 180 nichtig sind. Nur wenn er seinerseits die Sache an einen Dritten weitervorausveräußert, kann er den eigenen tatsächlichen Erwerb verhindern[28]). Sonst aber wird, wenn der Vorausverfüger später die Sache, etwa durch Erbgang, erwirbt, der Vorausverfügungsgegner Eigentümer, mag er wollen oder nicht.

Eine Folge der Bindung ist, daß Wirksamkeitsvoraussetzungen, die bei Vornahme der Vorausverfügung vorgelegen haben, grundsätzlich auch dann als fortbestehend gelten, wenn sie inzwischen tatsächlich weggefallen sind. Wird der Voraus-

27) Vgl. hierzu von Tuhr, II 1 S. 385 Anm. 128.

27a) Vgl. RGE. 77, S. 84 ff., insbesondere S. 88.

28) Siehe unten unter c.

verfüger nach Abschluß der Verfügung geschäftsunfähig, so erfolgt dennoch Konvaleszenz. Das würde, wenn es nicht schon aus § 185 zu folgern wäre, auch der Grundsatz des § 130 ergeben. Auch der Verlust der Geschäftsfähigkeit auf seiten des Vorausverfügungsgegners ist unschädlich; weder der Erwerb durch den Vorausverfüger noch sein eigener Erwerb setzt sie voraus. Bei dem zweiten in § 185 II erwähnten Fall der Vorausverfügung, der Beerbung durch den unbeschränkt haftenden Erben kann auch und muß sogar die Rechtsfähigkeit des Vorausverfügers in Fortfall kommen. Sonst aber wird das Prinzip der Fiktion des Fortbestandes weggefallener Wirksamkeitserfordernisse hinsichtlich der Rechtsfähigkeit des Vorausverfügers durchbrochen, es sei denn, daß sein unbeschränkt haftender Erbe den von der Vorausverfügung betroffenen Gegenstand erwirbt. Ist der Vorausverfüger gestorben, so kann wegen fehlender Erwerbsfähigkeit keine Konvaleszenz eintreten. Zum Erwerb gehört nicht die Geschäfts-, wohl aber die Rechtsfähigkeit. Es ist hier anders wie bei der aufschiebend bedingten Verfügung; der Eintritt der Bedingung ist grundsätzlich von der Rechtsfähigkeit des bedingt Verfügenden unabhängig [29]). Im Gegensatz zum Vorausverfüger braucht der Vorausverfügungsgegner, wenigstens wenn man der Ansicht von Tuhrs, daß § 185 II auf Erwerbsgeschäfte analoge Anwendung findet, anschließt, bei Konvaleszenz nicht mehr am Leben, nicht mehr rechtsfähig zu sein [30]). Dem Gedanken der Fortsetzung der Persönlichkeit durch den Erben Rechnung tragend, findet hier der Erwerb des Erben für den Erblasser, den Vorausverfügungsgegner statt; darauf, ob der Erbe unbeschränkt haftet, kann es hier nicht ankommen [31]). Der Grundsatz des fingierten Fortbestandes der Wirksamkeitsvoraussetzungen erleidet eine weitere Ausnahme bei Untergang des Rechtsobjektes. So kann die Vorausverfügung über eine künftige Sache nicht wirksam werden, wenn diese, nachdem sie nach dem Abschluß entstanden ist, vor dem Erwerb durch den Vorausverfüger vernichtet wird. Ist die fremde Forderung, über die vorausverfügt wird, vor Konvaleszenz

29) Siehe Enneccerus, § 185 II 1 Anm. 12.

30) Dagegen spricht allerdings wohl § 1923, der für den Erwerb des Erben die Rechtsfähigkeit verlangt.

31) Siehe von Tuhr, II 1 S. 397 Anm. 187.

durch Tilgung oder Erlaß erloschen, ihr Rechtsobjekt damit als solches weggefallen, so kann sie nicht mehr erworben werden. Abgesehen von diesen beiden Fällen, des Verlustes der Rechtsfähigkeit auf seiten des Vorausverfügers und des Untergangs des Rechtsobjektes, verbleibt es bei der allgemeinen Fiktion der Vorwirkung des § 185; durch weitere Ausnahmen wird die Regel nicht durchbrochen.

Während hier, wie wir sahen, die Bindung mitunter entgegen der allgemeinen Regel in Fortfall kommen konnte, kann sie unter Umständen sogar verstärkt werden. Es ist dies eine Sondererscheinung des Handelsrechts. Nach § 25 HGB. tritt der Erwerber eines Handelsgeschäfts mit Firma grundsätzlich unbeschränkt in die Haftung des Veräußerers ein. Hat dieser vorausverfügt, so muß die Vorausverfügung auch konvaleszieren, wenn der Geschäftsübernehmer das von der Verfügung betroffene Recht erwirbt, ebenso wie sie ja auch wirksam wird, wenn der den Vorausverfügenden ohne Haftungsbeschränkung Beerbende erwirbt. Da hier aber der Vorausverfüger nicht stirbt, sondern rechtsfähig bleibt, ist auch er noch gebunden; seine Gebundenheit erlischt dann allerdings nach Ablauf von 5 Jahren, da er dann gemäß § 27 HGB. so angesehen wird, als ob er seine Rechtsfähigkeit als firmierender Kaufmann verloren hätte. Für das bürgerliche Recht wird man die gleiche Schlußfolgerung bei einer Vermögensübernahme gemäß § 419 nicht ziehen können, da hier von unbeschränkter Haftung keine Rede, für eine Analogie des § 185 II daher kein Raum ist.

β) Anwartschaft.

Der Gebundenheit auf der passiven Seite entspricht auf der aktiven eine sogenannte Anwartschaft. Die rechtliche Natur der Anwartschaft ist zu umstritten, als daß auf sie im einzelnen eingegangen werden könnte[32]). Die aufschiebend bedingte Verfügung über ein Recht beschränkt den bedingt Verfügenden in seiner Verfügungsmacht in der Weise, daß er ihr widersprechende neue Verfügungen nicht mehr mit gleicher Wirksamkeit vornehmen kann wie bisher. Das Recht des Verfügenden wird durch die bedingte Verfügung ge-

32) Hier werden die Ausführungen von Tuhr's, I S. 180 ff. in der Hauptsache zugrunde gelegt.

schwächt, es hat nicht den gleichen Inhalt. Dem bedingt Berechtigten wird dafür schon eine gewisse Machtstellung verliehen. Ohne seinen Willen können widersprechende Verfügungen nicht mehr vorgenommen werden. Hierzu ist vielmehr seine Zustimmung erforderlich; sie ist aber auch genügend [33]). Eine ähnliche Willensherrschaft hat der Vorausverfügungsgegner. Wohl entbehrt der Vorausverfügende im Gegensatz zum bedingt Verfügenden noch jeglicher Verfügungsmacht über das Recht, über welches er verfügen will. Aber von ihm nachträglich vorgenommene Verfügungen können, wenn sie mit der Vorausverfügung nicht im Einklang stehen, deren Wirksamwerden nicht hindern. Es liegt vielmehr jetzt in der Macht des Vorausverfügungsgegners, eine widersprechende spätere Verfügung wirksam werden zu lassen. Wenn sich der Vorausverfüger nicht geradezu durch contrarius consensus über die Aufhebung der Vorausverfügung mit dem Vorausverfügungsgegner einigt oder dieser nicht in die Vornahme der nachfolgenden Verfügung eingewilligt hat, hängt die Wirksamkeit der letzteren von der Genehmigung des Vorausverfügungsgegners ab. Ob diese Genehmigung dann vor oder nach dem Erwerb durch den Vorausverfüger erteilt wird, macht keinen Unterschied. Ist eine Sache zunächst vorausübereignet und wird sie darauf vorausverpfändet, so konvaleszieren in demselben Moment beide Vorausverfügungen, wenn der Vorausübereignungsgegner schon vor dem Erwerb des Vorausverfügers die Verpfändung genehmigt hat. Ein Gleiches ist aber auch anzunehmen, wenn die Genehmigung dem Erwerbe erst nachfolgt, da diese ja rückwirkende Kraft hat. Werden zwei gleiche Vorausverfügungen vorgenommen, dann kann der erste Vorausverfügungsgegner die Wirkung der ihm gegenüber vorgenommenen Verfügung dadurch vereiteln, daß er die zweite Vorausverfügung noch vor dem Erwerbe des Vorausverfügers genehmigt. Erteilt er die Genehmigung erst nach diesem Erwerb, so wird er zwar zunächst Rechtsinhaber, verliert das Recht aber rückwirkend, so daß er dann tatsächlich so zu behandeln ist, als habe ihm das Recht niemals zugestanden [34]). Die dem Vorausverfügungsgegner schon vor dem Er-

33) Vgl. von Tuhr, II 2 S. 301 Anm. 62.

34) Auch für ihn gilt dann das unten unter c Gesagte entsprechend.

werbe durch den Vorausverfüger auf Grund der Vorwirkung der Vorausverfügung zustehende Rechtsmacht pflegt man wie die Willensherrschaft des bedingt Berechtigten Anwartschaft oder Anwartschaftsrecht zu nennen.

Bei der bedingten Verfügung geht der Verfüger eines Teils seines Rechtes verlustig, den Rest behält er bis zum Eintritt der Bedingung. Für den bedingt Berechtigten entsteht zugleich ein neues, ein Anwartschaftsrecht, das gleichen Inhalt hat mit dem Rechtsteil, um welchen durch die bedingte Verfügung das Recht des Verfügers vermindert wird. Der Verfüger und der bedingt Berechtigte zusammen nur haben jetzt die volle Verfügungsmacht, die ersterem vorher allein zustand. Der Vorausverfügende ist noch nicht Inhaber eines Rechts, das durch die Vorausverfügung inhaltlich geschwächt werden könnte; er verliert keinen Rechtsteil, der dann inhaltsgleich für den Gegner neu entsteht. Nur ein Stück seiner Erwerbsfähigkeit gibt er auf: er kann das Recht, über das er im voraus verfügt hat, nur noch so erwerben, daß es im gleichen Moment auf den Vorausverfügungsgegner übergehen muß. Letzterem steht aber, wie dem bedingt Berechtigten, schon jetzt ein Teil der Rechtsbeziehung zu dem Rechtsobjekt zu, die später bei Konvaleszenz ganz für ihn entsteht. Dem steht nicht entgegen, daß das Objekt selbst, z. B. die Sache, noch gar nicht existiert; insofern besteht eben schon zu der künftigen Sache, über die vorausverfügt wird, eine rechtliche Beziehung; denn genau genommen ist auch die fremde Sache für das von der Vorausverfügung betroffene Recht ein künftiges Objekt. Bei der bedingten wie bei der Vorausverfügung entsteht für den Gegner eine Anwartschaft, ein Stück des künftigen Rechts, das dann später bei Vorliegen des gesamten Verfügungstatbestandes zum vollen Recht erstarkt [35]).

Der Vorausverfügungsgegner B kann sein Anwartschaftsrecht, da es die Vorstufe zu einem veräußerlichen Recht ist, vor Konvaleszenz der Vorausverfügung an C veräußern. Dann wird, wenn der Vorausverfüger A das Recht erwirbt,

---

35) Im Gegensatz hierzu läßt Brecht, Jher. Jahrb. 61 S. 263 ff. — vom Standpunkt der Identitätstheorie! (siehe oben unter 2 Anm. 5) — das volle Recht an die Stelle der bisherigen Anwartschaft treten.

der Erwerber der Anwartschaft, C, an seiner Stelle Rechtsinhaber.

Die Veräußerung der Anwartschaft geschieht entweder durch Sondervorausverfügung, d. h. durch Uebertragung des Anwartschaftsrechts als solchen, oder durch allgemeine Vorausverfügung, d. h., C soll Berechtigter werden, wenn B überhaupt die Rechtszuständigkeit erlangt. Erwirbt im ersten Fall nun B auf Grund der Vorausverfügung des A, so konvaleszíert zugleich auch seine Sondervorausverfügung; bekommt B aber die Rechtszuständigkeit von X, so wird C nicht der Berechtigte. Hat B eine allgemeine Vorausverfügung vorgenommen, so wird diese in jedem Fall wirksam, in welchem B das Recht nachträglich, also natürlich auch auf Grund der Vorausverfügung des A, erwirbt. Hieraus ergibt sich, daß A zugunsten von B auch in der Weise vorausverfügen kann, daß die Verfügung nur wirksam werden soll, wenn A gerade von einer bestimmten Person, z. B. von dem ihm zur Verschaffung des Verfügungsgegenstandes verpflichteten X, erwirbt. Dieser Fall unterscheidet sich jedoch von dem, in welchem B, der durch die Vorausverfügung des A eine Anwartschaft erlangt hat, zugunsten von C vorausverfügt. Denn einmal vorausverfügt B nicht nur über das volle Recht, sondern verfügt auch über sein Anwartschaftsrecht; dann aber hat B auch schon mehr zu vergeben, als A es hatte, da A dem B gegenüber gemäß § 185 II gebunden ist, während eine solche Gebundenheit bei dem nur verpflichteten X nicht vorliegt.

c) Das nachholbare Wirksamkeitserfordernis und die Vollwirkung.

Letzte Wirksamkeitsvoraussetzung der Vorausverfügung ist „das Zusammentreffen des von der Verfügung betroffenen Rechts und die Gebundenheit an die Verfügung in derselben Person“ [36]). Meistens geschieht das durch den Erwerb des Vorausverfügers. Wie jeder Erwerb setzt auch dieser einen Erwerbstatbestand voraus. Seine Bestandteile sind dabei zugleich Teil des Vorausverfügungstatbestandes. Beide Tatbestände sind in ein und demselben Moment vollendet und müßten

36) So kurz, aber etwas ungenau, wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt, Enneccerus, § 191 III 2.

nun an sich unmittelbar und gleichzeitig ihre Wirkungen äußern. Nun kann z. B. bei einer Vorausverfügung über das Eigentum an einer Sache oder der Vorausabtretung einer Forderung nur entweder der Vorausverfüger oder der Vorausverfügungsgegner Rechtssubjekt werden; beide Wirkungen schließen daher einander aus. Es ist auch nicht so, daß das Eigentum oder die Forderung zunächst auf den Vorausverfüger und sodann, ohne jedes zeitliche Intervall, auf den Gegner übergehen, wie die sogenannte Durchgangstheorie annimmt[37]). Wirkung beider Tatbestände soll die Innehabung des Rechts sein; zum Begriff des Innehabens gehört jedoch eine, wenn auch noch so kurze Zeitdauer. Dann aber kann nur einer der beiden Rechtsinhaber sein, und das muß auf Grund von § 185 II der Vorausverfügungsgegner sein. Der Erwerbstatbestand für den Vorausverfüger kann demnach nicht seine eigentliche Wirkung haben und unter Erwerb in § 185 nur der Erwerbstatbestand, nicht seine Wirkung verstanden werden[38]). Diese Wirkung, Inhaber des Rechts zu werden, hat der Vorausveräußerer durch seine eigene Verfügung verhindert. Da er selbst nicht Herr des Rechts wird, erlangt er auch nicht den Teil des Rechts, der die Verfügungsmacht ausmacht. Er hat auch keine Verfügungsbefugnis über fremdes Recht in dem Sinne, wie sie der mit Zustimmung des Berechtigten Verfügende hat. Ihm steht auf Grund des Erwerbstatbestandes lediglich die Macht zu, die zu seinen Gunsten getroffene Verfügung anstatt für sich selbst für den Vorausverfügungsgegner wirksam werden zu lassen; aber diese Verfügungsmacht hat er bereits früher bei Abschluß der Vorausverfügung ausgeübt. Hat der Vorausverfüger eine Sache im vor-

---

37) Siehe z. B. Oertmann, Rechtsbedingung, S. 184 ff. Dagegen besonders von Tuhr. Nach diesem ist der Rechtserwerb des Vorausverfügers durch dessen Verfügung vereitelt, aber trotzdem logische Voraussetzung dafür, daß das Recht bei Konvaleszenz auf den Gegner übergeht. „In diesem, nicht zeitlichen, aber logischen Sinn kann der Verfüger als Durchgangsperson für das Recht des Erwerbers bezeichnet werden. In diesem Sinne ist er, obgleich er das durch ihn übertragene Recht nie gehabt hat, Rechtsvorgänger des Erwerbers." Tuhr, § 60 II 1 S. 387.

38) von Tuhr, DJZ. 1904 S. 429 f.

aus verpfändet, so hat bei seinem Erwerb zu Eigentum dieser nur die Wirkung, daß er das mit dem Pfandrecht belastete Eigentum erlangt; er wird nicht zunächst freier Eigentümer, um dann im gleichen Moment mit dem Pfandrecht beschwert zu werden. Er wäre freier Eigentümer geworden, wenn er nicht vorausverpfändet hätte.

Bei der Uebertragung eines Rechts durch Vorausverfügung geht dieses, da der Vorausverfüger die Entstehung bei sich selbst vereitelt hat, wie bei der Verfügung mit Zustimmung unmittelbar auf den Gegner über, d. h. es entsteht bei diesem mit dem Zeitpunkt der Konvaleszenz in dem gleichen Umfang, wie es bei dem bisherigen Inhaber untergeht. Entsprechendes gilt bei anderen Vorausverfügungen; so entsteht bei der Vorausverpfändung des Nichteigentümers bei dessen Eigentumserwerb das Pfandrecht für den Vorausverfügungsgegner gerade so, als habe der bisherige Eigentümer diesem die Sache selbst verpfändet. Da der Vorausverfüger aber Herr des Rechts oder wenigstens des lastenfreien Rechts geworden wäre, wenn er nicht zugunsten seines Gegners vorausverfügt hätte, behandelt ihn das Gesetz, falls die Vorausverfügung nach Konvaleszenz wirksam angefochten wird, als ob er von vornherein anstelle des Gegners Rechtsinhaber gewesen sei; § 142 I. Andererseits kommt dem Vorausverfügungsgegner bei einer Anfechtung des Erwerbes des Vorausverfügers der Schutz des § 142 II zustatten. B wird also unanfechtbarer Eigentümer der ihm, wie er weiß, nur vorausübereigneten beweglichen Sache, wenn er bei Konvaleszenz der Vorausveräußerung die Anfechtbarkeit des Erwerbes durch A weder kannte noch kennen mußte und sonst hinsichtlich des Besitztatbestandes die Voraussetzungen der §§ 932 ff. gegeben sind. Insofern muß eben bezüglich des Tatbestandes seines Erwerbsgeschäftes der Vorausverfüger als Rechtsvorgänger des Vorausverfügungsgegners angesehen werden, und das trifft sowohl bei den (sogenannten) fremden, wie bei den (sonstigen) künftigen Rechten zu. Es finden daher u. a. auch die §§ 402 ff. Anwendung, so daß z. B. der Schuldner der vorausabgetretenen Forderung mit einer ihm gegen den Vorausverfüger zustehenden Forderung gemäß § 406 aufrechnen kann [39]).

39) von Tuhr, DJZ. a. a. O.

Konvaleſziert die Vorausverfügung infolge Beerbung durch den voll haftenden Berechtigten, ſo findet natürlich auch unmittelbarer Rechtsübergang ſtatt. Die gleichen Grundſätze wie bei den durch Erwerbsgeſchäft des Vorausverfügers konvaleſzierten Verfügungen gelten auch hier. Wird die wirkſam gewordene Vorausverfügung angefochten, ſo ſoll nach der geſetzlichen Fiktion der Rechtsverluſt des Erben nicht erfolgt ſein. Ficht der Erbe die Erbſchaftsannahme an, ſo kommt § 142 II zur Anwendung. Trotzdem hier zweifellos der Vorausverfüger niemals Rechtsinhaber geworden iſt, kann der Schuldner einer vorausabgetretenen Forderung mit einer ihm gegen den Vorausverfüger zuſtehenden Forderung aufrechnen; das ergibt ſich übrigens auch ſchon aus der Haftung des Erben für die Verbindlichkeiten des Erblaſſers.

d) Ausfall der „condicio iuris".

Die Anwartſchaft des Vorausverfügungsgegners iſt keine ſichere, wie die des befriſtet Berechtigten. Sie gleicht ſehr der Anwartſchaft bei der aufſchiebend bedingten Verfügung. Nur wenn die Bedingung eintritt, kann der bisherige Anwärter Inhaber des vollen Rechts werden; nur wenn der Erwerb des Vorausverfügers erfolgt, konvaleſziert die Vorausverfügung. Doch iſt der Erwerb nicht ſelbſt echte Bedingung, die Vorausverfügung nicht bedingte Verfügung. Die Bedingung iſt eine Wirkſamkeitsvorausſetzung, welche den gewöhnlichen Tatbeſtand des Rechtsgeſchäftes auf Grund beſonderer Parteivereinbarung um ein weiteres Erfordernis vermehrt. Der Erwerb durch den Vorausverfüger in § 185 iſt aber ſchon vom Geſetz ſelbſt gefordertes Tatbeſtandsſtück. Letzteres kann man im Gegenſatz zur Geſchäftsbedingung Rechtsbedingung, condicio iuris nennen [40]).

Meiſt wird der Eintritt dieſer Rechtsbedingung von dem Willen des Vorausverfügers abhängen: er braucht nur die fremde Sache zu erwerben, die künftige Forderung nur zu begründen. Regelmäßig iſt aber hierzu außerdem der Wille eines Dritten erforderlich: der Eigentümer muß zur Ver-

40) Nach herrſchender Anſicht iſt die Rechtsbedingung nicht Tatbeſtandsſtück, ſondern nur Wirklichkeitsvorausſetzung, ſind alle Wirkſamkeitserforderniſſe, die nicht Tatbeſtand ſind, Rechtsbedingungen vgl. oben Anm. 3.

äußerung an den Vorausverfüger bereit, der künftige Schuldner mit der Begründung der Forderung einverstanden sein. Daß der Wille dieses Dritten dahingeht, die Vorausverfügung konvaleszieren zu lassen, ist dagegen nicht nötig; ja, ein ausdrücklich entgegenstehender Wille kann die Konvaleszenz nur in dem Ausnahmefall hindern, in dem auch eine gewöhnliche Verfügung nach dem Erwerb gegenüber dem Vorausverfügungsgegner nicht vorgenommen werden könnte [41]). Aber auch wenn der Vorausverfüger die Möglichkeit hat, die Rechtsbedingung herbeizuführen, kann er dennoch nicht dazu gezwungen werden, mag er selbst durch ein der Vorausverfügung zugrundeliegendes Geschäft zum Erwerb seinem Gegner gegenüber verpflichtet sein; denn Verpflichtungen können gebrochen werden. Solchen Falls ist natürlich überall der Erwerb für ihn selbst ausgeschlossen.

5. Nur prinzipielle Zulässigkeit der Vorausverfügung.

Nicht jede Verfügung ist antizipierbar. Nicht immer ist es möglich, daß bei Abschluß der Vorausverfügung bereits alle Wirksamkeitserfordernisse mit Ausnahme des Erwerbes, wie das § 185 II verlangt, vorliegen. So kann eine künftige Sache gemäß § 929 Satz 1 und § 185 II nicht vorausübereignet werden, da das Tatbestandsmerkmal der Uebergabe die Existenz der Sache voraussetzt. Die Vorausabtretung einer Forderung kann nicht konvaleszieren, wenn die Zustimmung des Schuldners zur Abtretung nach § 399 erforderlich ist und nicht erteilt wird [42]). Einseitige Vorausverfügungen sind sogar grundsätzlich unzulässig. Derlei Grenzen gibt es noch eine ganze Reihe; die Vorausverfügung kann daher nur im Prinzip anerkannt werden, und es wird Aufgabe der folgenden Ausführungen sein, zu prüfen, ob sich das Besitzkonstitut überhaupt oder ob es sich gar immer antizipieren läßt.

---

41) Siehe oben unter 3. im letzten Absatz und von Tuhr II 1 S. 372 f.

42) Andererseits wird man in Analogie der §§ 2143, 2175 bei einer Vorausverfügung über eine Forderung, deren Schuldner der Vorausverfüger ist oder durch späteren Begründungs- oder Uebernahmevertrag wird, die sonst mit seinem Erwerb eintretende Konfusion ablehnen und die Konvaleszenz zulassen müssen.

B. Die Vorausverfügung mittels Besitzkonstitutes.

Wenn die Vorausverfügung mittels Besitzkonstitutes konvaleszieren soll, muß auch sie eine Vorwirkung haben, auf Grund deren die bei ihrem Abschluß vorhandenen Wirksamkeitserfordernisse bis zum Hinzutreten des letzten Erfordernisses erhalten bleiben. Wenn es sich um eine eigentliche Vorausverfügung, um ein echtes a. c. p. handeln soll, dann muß sie nach ihrer Vornahme die Vorwirkung des § 185 II haben. In den Fällen, in denen aus dem Grunde, weil bei Abschluß des a. c. p. noch nicht alle Wirksamkeitsvoraussetzungen mit Ausnahme des Erwerbes durch den Vorausverfüger gegeben sind, diese Vorwirkung nicht eintritt, gibt es möglicherweise schon eine andere Vorwirkung, die, wenn sie auch nicht von gleicher Stärke ist, unter Umständen dennoch die beabsichtigte Vollwirkung ermöglicht. Ein solches a. c. p. ist dann auch eine Vorausverfügung, kann aber nicht als Vorausverfügung im eigentlichen Sinn bezeichnet werden.

1. Das eigentliche a. c. p.

Nur wenn beim a. c. p. die Konvaleszenz allein auf Grund des § 185 II erfolgt, ist es ein echtes a. c. p.

a) Besitz und Besitzmittlungsvertrag beim a. c. p.

§ 185 fordert für den Abschluß der Vorausverfügung mittels Besitzkonstituts das Vorliegen des gesamten Tatbestandes des § 930 bis auf die Rechtszuständigkeit auf seiten des Vorausveräußerers. Wie bei jedem Besitzkonstitut ist daher vor allem Voraussetzung die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses in Einigkeit über den Eigentumsübergang. Insbesondere muß dann aber der Vorausverfüger bei Abschluß des a. c. p. unmittelbarer oder wenigstens mittelbarer[43]) Besitzer der Sache sein, über die er vorausverfügt. Denn nur die Tatsache des Eigentumserwerbes durch den Veräußerer, nicht sein Besitzerwerb zu Eigentum darf noch ausstehen. Meist wird allerdings der Veräußerer, wenn er

43) Hinsichtlich des mittelbaren Besitzes vgl. Wolff, § 67 I 2.

nicht Besitzer ist, mit dem Eigentum zugleich den Besitz erwerben, häufig wird er schon vor dem Eigentumserwerb Besitzer werden. Möglich ist aber auch Eigentumserwerb ohne Besitzerwerb. Ist der über eine fremde Sache durch a. c. p. Vorausverfügende nicht Besitzer, kommt vor seinem Erwerb die Sache abhanden und ist dann in niemandes Besitz, so kann eine Konvaleszenz gemäß § 185 nicht eintreten, selbst wenn der Vorausverfüger jetzt die Sache, etwa durch Erbgang, zu Eigentum erwirbt; sein tatsächlicher Eigentumserwerb kann durch a. c. p. nicht gehindert werden, da dem Besitzkonstitut noch eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt. Daß im § 185 II unter Erwerb nicht nur die allgemeinen Erwerbstatsachen, sondern weitergehend die Erwerbstatsachen, die gerade die vorgenommene Verfügung wirksam werden lassen, zu verstehen sind, ist mit Sinn und Wortlaut dieser Bestimmung nicht vereinbar. Andererseits fordert auch schon der Abschluß des in § 930 geforderten Besitzmittlungsvertrages das Vorhandensein des Besitzes. Wohl läßt sich ein Mietvertrag rechtswirksam vereinbaren, ohne daß die Parteien im Besitz der Mietsache sind; dann besteht aber lediglich ein Miet-, kein Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868[44]). — Außer dem Besitz müssen natürlich bei Vornahme des a. c. p. die sonstigen Voraussetzungen für die Vorwirksamkeit der Vorausverfügung gegeben sein, so die Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Der Individualisierung des Verfügungsgegenstandes stehen grundsätzlich Schwierigkeiten nicht entgegen, da der Veräußerer im Besitz der Sache ist und jederzeit durch Besitzkonstitut verfügen könnte, wenn er schon die Verfügungsmacht hätte.

Beim Vorhandensein sämtlicher Erfordernisse der Vorwirksamkeit macht es keinen Unterschied, ob die Parteien die Vorausübereignung in Unkenntnis oder in Kenntnis der einstweiligen Unwirksamkeit abgeschlossen haben. Letzterenfalls wird regelmäßig der Besitzmittlungsvertrag innerhalb des Besitzkonstitutes mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung geschlossen werden, daß der Vorausver-

44) Aus dem Wortlaut des § 930 kann auf die Notwendigkeit des Vorhandenseins des Besitzes bei Abschluß des *a. c. p.* nicht geschlossen werden, da danach erst im Moment der Konvaleszenz die Uebergabe ersetzt zu sein brauchte; vgl. unten unter *C.* 2 *a* und *d*.

füger und durch ihn der Vorausverfügungsgegner das Eigentum erwirbt. Der Besitzmittlungsvertrag ist dann geschäftsbedingt, während das Vorausverfügungsgeschäft als Ganzes rechtsbedingt ist[45]). Ist so ein bedingter, obligatorischer Besitzmittlungsvertrag vereinbart, so kann von Unmöglichkeit der Leistung, obgleich beide Vertragsteile nur Fremdbesitzer sind, nicht die Rede sein. Der Vermietung, vor allem der bedingten, einer fremden Sache durch den Vorausverfügungsgegner steht nichts entgegen. Auch der dingliche Besitzmittlungsvertrag wird in seiner Wirksamkeit als regelmäßig von einer Geschäftsbedingung abhängig anzusehen sein, da der Nießbrauch- oder Pfandbesteller an sich nicht auf Grund des a. c. p. verfügungsberechtigt zu werden braucht, sondern die Möglichkeit der Konvaleszenz des dinglichen Besitzmittlungsvertrages gemäß § 185 II auch in anderer Weise, z. B. durch eigenen Erwerb des Eigentums durch den Vorausverfügungsgegner von einem Dritten, gegeben ist. Zugleich steht hier natürlich der dingliche Besitzmittlungsvertrag unter einer Rechtsbedingung, da ja der Besteller noch nicht Eigentümer der Sache ist[46]). Diese Nießbrauchs- oder Pfandbestellung erfolgt ihrerseits durch (hier sogar bedingte) antizipierte brevi manu traditio, zu der, da der Besitz schon auf Grund des a. c. p. vorhanden sein muß, gemäß §§ 1032 Satz 2, 1205 II 2; 929 Satz 2, 185 II, 158 I lediglich die dingliche Einigung der Parteien über die Begründung des Nießbrauchs oder Pfandrechts erforderlich ist. — Wird der Besitzmittlungsvertrag nicht unter einer Bedingung geschlossen oder sind sich die Parteien der einstweiligen Unwirksamkeit des a. c. p. nicht bewußt, so wird der obligatorische Besitzmittlungsvertrag sofort voll wirksam[47]). Der dingliche Besitzmittlungs-

45) Die Geschäftsbedingung tritt dann zugleich mit der Rechtsbedingung ein.

46) Die Bestellung macht er aber bereits als Eigentumsanwärter; vgl. oben *A. 4 b. bb.* im letzten Absatz.

47) Nach Brecht, Jher. Jahrb. 61, S. 282 und anscheinend auch nach von Tuhr, II 2 S. 285 Anm. 100 soll bei dem hier im wesentlichen gleichliegenden Fall des bedingten Konstitutes der Besitzmittlungsvertrag immer unbedingt abgeschlossen werden müssen; folgerecht könnte danach nur bei geschäfts- und rechtsunbedingten (also praktisch nur einem obligatorischen) Besitzmittlungsvertrag Konvaleszenz des *a. c. p.* erfolgen. Genau ent-

vertrag ist Nießbrauchs- oder Pfandbestellung mittels einfacher antizipierter brevi manu traditio.

b) Die Vorwirkung.

Liegen alle Vorwirksamkeitserfordernisse beim Abschluß des a. c. p. vor, so tritt die Vorwirkung wieder sofort ein; sie ist ganz die gleiche wie bei jeder anderen Vorausverfügung. Das gilt vor allem auch hinsichtlich des Besitzmittlungsverhältnisses. Ist ein geschäfts- und rechtsbedingter, also notwendig obligatorischer Besitzmittlungsvertrag geschlossen, so hat der Erwerber sofort mittelbaren Besitz erlangt, die Uebergabe ist voll ersetzt. Klar ist dann, daß wie nach erfolgter Uebergabe bei aufschiebend bedingter Traditionsübereignung mit dem Eintritt der Bedingung dies Geschäft ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber noch Besitzer ist, voll wirksam wird, so das a. c. p. konvaleszieren muß, auch wenn der Vorausveräußerer nach Abschluß besitzlos wird und bei seinem Erwerb zu Eigentum den Besitz noch nicht wiedererlangt hat[48]). Nicht anders kann aber entschieden werden, wenn der Besitzmittlungsvertrag innerhalb des a. c. p. geschäfts- oder rechtsbedingt ist. Zur Besitzvermittlung genügt ein gültiger Herausgabeanspruch, der auch bedingt sein kann; „es liegt nicht etwa ein bedingter mittelbarer Besitz vor"[49]). Gleiches muß für den rechtsbedingten Herausgabeanspruch gelten: der Eigentumsanwärter hat als Vorausübereignungsgegner bereits einen (wenn auch noch rechtsbedingten) Anspruch auf Herausgabe gegen den vorausübereignenden Nießbrauchs- oder Pfandrechtsanwärter. Ist aber der Erwerber mittelbarer Besitzer geworden, so ist damit auch die Uebergabe gemäß § 930 ersetzt. Vielfach[50]) wird allerdings behauptet, daß

---

gegengesetzt würde Wolff entscheiden müssen, da er, § 67 I 3, bei bedingtem Konstitut sowohl die dingliche Einigung wie den Besitzmittlungsvertrag für bedingt hält.

48) Hinsichtlich der bedingten Traditionsübereignung ebenso die wohl herrschende Meinung, vgl. z. B. Wolff, § 66 I 3 Anm. 9; dagegen Brecht a. a. O. S. 276 ff., der bis zum Eintritt der Bedingung fortdauernden Besitz fordert.

49) Wolff, § 8 I 2 Anm. 18; ebenso von Tuhr, II 2 S. 284, Anm. 93.

50) So Brecht a. a. O., Plank und Staudinger zu § 930, Wolff § 67 I 3.

bei dem gleichliegenden Fall des bedingten Konstitutes der Besitz des Veräußerers und damit der mittelbare Besitz des Erwerbers bis zum Eintritt der Bedingung andauern müsse. Doch widerspricht das offenbar dem § 158. Wenn die Bedingung eintritt, muß die bedingte Verfügung als ganze wirksam werden und ebenfalls, da ja die Begründung sowohl des unbedingten wie auch des bedingten Herausgabeanspruchs die Uebergabe voll ersetzt, der in dem Konstitutsgeschäft enthaltene Besitzmittlungsvertrag, der im übrigen regelmäßig auch bedingt sein wird. Nur der Fortfall von Wirksamkeitsvoraussetzungen, die auch für das bei Eintritt der Bedingung für den Verfügungsgegner entstehende Eigentumsrecht selbst erforderlich sind, also z. B. der Untergang des Rechtsobjekts, der Sache, kann entsprechend wie bei der Vorausverfügung auch bei der bedingten Verfügung das Wirksamwerden verhindern[51]). In beiden Fällen ist das tatsächliche Vorhandensein des Besitzes lediglich Vorwirksamkeitsvoraussetzung, und wie die Tatsache, daß die Parteien bei Abschluß geschäftsfähig waren, dank der Vorwirkung als weiterbestehend fingiert werden kann, so gilt auch das die Uebergabe ersetzende tatsächliche Besitzmittlungsverhältnis, wenn es auch in Wahrheit weggefallen ist, als fortdauernd.

Wie bei jeder Vorausverfügung sind die Parteien des a. c. p. gebunden. Der geschäftsbedingte Besitzmittlungsvertrag ist gemäß § 158 I, der rechtsbedingte wegen § 185 II bindend. Weder das a. c. p. als Ganzes, noch der Besitzmittlungsvertrag kann einseitig widerrufen werden[52]). Keinesfalls kann der durch a. c. p. vorausübereignende Besitzer die Bindung oder gar die Konvaleszenz durch einfache, womöglich nur vorübergehende Aufgabe des Besitzes hinfällig machen.

c) Gutgläubiger Erwerb beim a. c. p.

Eine Besonderheit bei der Vorausverfügung durch Besitzkonstitut bietet § 933. Die Konvaleszenz des a. c. p. wird nämlich vereitelt, wenn der Erwerber die von der Vorausverfügung betroffene Sache vom Veräußerer schon vor

51) Hinsichtlich der Vorausverfügung siehe oben *A. 4 b. aa.* im 4. Absatz.

52) Anderer Ansicht hinsichtlich des bedingten Besitzmittlungsvertrages beim bedingten Konstitut Plank a. a. O.

dessen Erwerb zu Eigentum übergeben erhält und er in diesem Augenblick den Veräußerer nicht grobfahrlässig für eigentumsberechtigt gehalten hat. Meistens wird dann der Erwerber den Vorausveräußerer von vornherein schon als Eigentümer angesehen haben; möglich ist aber auch, daß er zunächst die einstweilige Unwirksamkeit der Vorausübereignung kannte, dann aber, als ihm die Sache gemäß § 933 übergeben wurde, glaubte, der Veräußerer habe inzwischen die Sache zu Eigentum erworben, er sich damit selbst tatsächlich schon jetzt für den Eigentümer hielt[53]).

In diesem Zusammenhang soll noch geprüft werden, ob bei Vorausverfügungen eine Analogie des § 161 III möglich ist, ob also der Gegner einer zweiten Vorausverfügung auf Kosten des aus einer früheren Begünstigten auf Grund guten Glaubens Eigentümer werden kann, wenn ihm vor Konvaleszenz die Sache übergeben wird. Dabei ist hinsichtlich des a. c. p. vorher auf das bedingte Besitzkonstitut einzugehen. Klar ist, wenn A eine Sache zu Gunsten von B gemäß § 930 unter einer Bedingung veräußert, sodann unter anderer Bedingung zu Gunsten von C (sei es nun wieder durch Besitzkonstitut oder sei es durch Traditionsübereignung), daß C durch die Uebergabe Eigentümer wird und bleibt, wenn seine Bedingung zuerst eintritt. Erfolgt dagegen erst der Eintritt der Bedingung der ersten Verfügung, dann der von der zweiten, so wird zunächst die erste Verfügung wirksam, B wird also Eigentümer; dann aber verliert B sein Eigentum zu Gunsten von C in dem Augenblick, in welchem die zweite Bedingung eintritt. Durch die beiden Verfügungen erlangen sowohl B wie C zunächst eine Anwartschaft; wegen seines gutgläubigen Erwerbes erhält aber die des C, trotzdem sie die jüngere ist, den Vorrang: die erste Verfügung ist insoweit unwirksam, als sie der zweiten widerspricht. Sind schließlich beide Verfügungen unter derselben Bedingung geschlossen, so müßte gemäß § 161 III zunächst die erste Verfügung wirksam werden, die zweite ihr also nachstehen. Da aber schon im gleichen Moment gemäß § 161 III die wegen der Gutgläubigkeit des C bevorrechtigte

53) Anders müßte im letzten Fall Wolff entscheiden, da er verlangt, daß der Erwerber bei der Uebergabe noch in gutem Glauben sein muß; siehe § 69 II 2*b*. — Wie hier von Tuhr, II 1 S. 383 Note 115.

zweite ihre Wirkung äußern muß, kann die erste nicht wirksam werden. Tatsächlich wird daher die Wirksamkeit der ersten Verfügung verhindert[54]) durch den gutgläubigen Erwerb des aus der zweiten Begünstigten. Wäre C nicht gutgläubig gewesen, so würde B Eigentümer geworden sein. — Mit einem diesem letzten grundsätzlich ganz gleichen Fall haben wir es zu tun bei der Vornahme von zwei miteinander nicht in Einklang stehenden Vorausverfügungen: der ersten gebührt an sich gemäß § 185 II 2 der Vorzug; bei einer Analogie des § 161 III müßte aber der zweiten der Vorrang eingeräumt werden, wenn der zweite Erwerber bei der Uebergabe der Sache an ihn des guten Glaubens ist, daß eine vorhergehende widersprechende Vorausverfügung nicht getroffen ist. Gegen eine solche Analogie spricht scheinbar der Umstand, daß es sich im § 161 III um eine Ausnahmeregel handelt. Hierbei ist aber zu bedenken, daß § 161 III, der nur eine Bestimmung trifft, die sich schon aus dem allgemeinen Grundsatz des gutgläubigen Erwerbes von selbst versteht, eigentlich überflüssig ist. Würde der Gesetzgeber nicht, wie das tatsächlich geschehen, noch einmal ausdrücklich hervorgehoben haben, daß die Regeln über den guten Glauben natürlich auch bei bedingten Verfügungen anzuwenden sind, so würde man sie trotzdem anwenden müssen. Denn die Bestimmungen über den guten Glauben durchbrechen allgemein das Prinzip, dem die §§ 161 I und 185 II 2 wieder besonderen Ausdruck geben, daß nämlich die Verfügung, mit deren Vornahme zuerst begonnen wird, späteren Verfügungen vorgeht, auch wenn ihr ganzer Tatbestand früher vollendet ist, als der der ersten. Allerdings handelt es sich bei dem gutgläubigen Erwerb letzten Endes gewiß auch um eine Ausnahmeregelung; doch ist diese offenbar eine grundsätzliche, und solche analog anzuwenden, bestehen keine Bedenken[55]). Hat demnach A zu Gunsten von B durch a. c. p. vorausverfügt, sodann ebenso zu Gunsten von C, und ist darauf die Sache von A dem C übergeben worden, so kann bei dem Erwerb des A zu Eigentum B nur dann Eigentümer werden, wenn C nicht gutgläubig ge-

54) Wieder unter Ablehnung der Durchgangstheorie!

55) Vgl. den ähnlichen Fall der analogen Anwendung des § 185 II 1 auf Erwerbsgeschäfte bei von Tuhr, II 1 S. 397 f., und oben zu Anm. 30 u. 31.

wesen ist, bei der Uebergabe also gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß A schon früher dem B gegenüber in gleicher Weise vorausverfügt hatte. Man könnte hier deshalb vielleicht von einem gutgläubigen Erwerb vom nicht berechtigten Nichtberechtigten sprechen. Im übrigen ergibt sich natürlich die gleiche Entscheidung in obigem Fall folgerecht auch dann, wenn die Uebergabe erst nach Eintritt der Rechtsbedingung bei A erfolgt ist: B wird allerdings zunächst Eigentümer, verliert aber dies Eigentum zu Gunsten des zweiten Vorausverfügungsgegners C, weil dieser durch die jetzt erst vorgenommene Uebergabe noch gutgläubig erwerben kann.

2. Das uneigentliche a. c. p.

Wir haben gesehen, daß beim a. c. p. zu den Erfordernissen der Vorwirksamkeit des § 185 II 1 jeden Falls der Besitz des Vorveräußerers gehört, daß, um diese Vorwirkung zu erzielen, sämtliche Wirksamkeitserfordernisse bis auf den Erwerb des Verfügers vorliegen müssen. Das schließt jedoch, wie bereits berührt, grundsätzlich nicht aus, daß diese Vorwirksamkeitserfordernisse ihrerseits nicht sukzessiv eintreten können. Erinnert sei nur wieder an die genehmigungsfähige Vorausverfügung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Ueberall müssen dann aber bekanntlich die jeweils vorhandenen Tatbestandsstücke, für sich allein oder zu mehreren vereint, irgendeine Vorwirkung, die nicht immer ein Gebundensein der Parteien in sich zu schließen braucht, äußern.

Praktisch ist nun bei Abschluß des a. c. p. gerade das Vorhandensein des Besitzes überaus selten; ja, wenn man von einem a. c. p. spricht, meint man meist die Vornahme einer Vorausveräußerung, bei welcher der Besitz des Veräußerers noch aussteht. Doch ist ein solches a. c. p. keine echte Vorausverfügung im Sinne des § 185 II, und es muß daher hinsichtlich dieses uneigentlichen a. c. p. geprüft werden, ob bei Fehlen des Besitzes die übrigen Erfordernisse der Vorwirksamkeit wenigstens schon eine Vorwirkung für die Vorwirkung des a. c. p. zur Folge haben oder ob sonst die endgültig beabsichtigte Vollwirkung auf einem anderen Wege erreicht werden kann. Zu diesem Zweck ist aber zunächst die allgemeinere Frage zu klären, ob überhaupt ein Besitz-

konstitut, bei welchem der Veräußerer zwar schon Eigentümer, jedoch noch nicht unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer ist, vorwirksam abschließbar ist. Denn wenn es möglich ist, daß durch nachfolgenden Besitzerwerb die Verfügung des Eigentümers wirksam werden kann oder gar werden muß, dann darf auch grundsätzlich nichts im Wege stehen, daß das Besitzkonstitut eines Nichtberechtigten, des Nichteigentümers, durch dessen Besitzerwerb die Vorwirkung des § 185 erlangt und dann bei Konvaleszenz dieses zur echten Vorausverfügung gewordenen ursprünglich uneigentlichen a. c. p. die volle Wirkung eintritt.

a) Zeitliches Auseinanderfallen der Einigung und der Uebergabe oder des Uebergabeersatzes in § 930.

In § 930 wird die in der Traditionsübereignung enthaltene dingliche Einigung vorausgesetzt. Daher muß eine Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut selbst bei noch ausstehendem Besitzerwerb des Veräußerers, ohne welchen eine Besitzvermittlung nicht möglich ist, immer dann wirksam werden, wenn auch durch die der Einigung nachfolgende Uebergabe an den Erwerber das Eigentum noch übergeht. Auf die Möglichkeit einer solchen wirksamen Traditionsübereignung soll deshalb zuvor kurz eingegangen werden.

Vor allem muß hier zu der sachenrechtlichen Einigung, soweit sie hier interessiert, Stellung genommen werden. Sicher ist wohl, daß die Einigung weder im Liegenschaftsrecht noch bei der Traditionsübereignung einen selbständigen Vertrag darstellt. § 873 fordert das Hinzukommen der grundbuchlichen Eintragung, in § 929 Satz 1 ist außer der Einigung die Uebergabe Vertragsbestandteil. Zwischen beiden Einigungen wird man ferner, obwohl gerade das bestritten ist, einen grundsätzlichen Unterschied nicht machen dürfen. Die Einigung im Liegenschaftsrecht ist im allgemeinen nicht bindend; trotzdem ist sie nicht unwirksam; erst durch einseitigen Widerruf, eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die jeder der beiden Vertragsteile abzugeben berechtigt ist, verliert sie ihre Wirksamkeit. Nur unter den besonderen Formerfordernissen des § 873 II tritt Bindung ein. § 929, 1 spricht nun allerdings nicht von einer „Einigung", sondern fordert eine Uebergabe in Einigkeit. Doch auch diese

Willensübereinstimmung muß sich immer, gerade wie die Einigung im Liegenschaftsrecht, in zwei Erklärungen ausdrücken; die Parteien müssen ihren Einigkeitswillen ausdrücklich oder stillschweigend einander kundgeben. Ein bloßes tatsächliches Einigsein im Moment der Uebergabe genügt nicht. Da nur für das Liegenschaftsrecht unter bestimmten Voraussetzungen und aus besonderen Gründen eine bindende Einigung geschaffen ist, hat offenbar mit dem „Einigsein" in § 929 nur die Nichtbindung betont werden sollen. In § 873 tritt die behördliche Eintragung, in § 929 die reale Uebergabe zu der Einigung als weiterer Geschäftsbestandteil, als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung hinzu, und in beiden Fällen handelt es sich um sachenrechtliche Verfügungen. Es wäre eigenartig, wenn der Gesetzgeber ohne zwingenden Grund so gleichliegende Tatbestände verschieden hätte regeln wollen. § 873 macht die einzige Ausnahme bei der sonst eben nicht unterschiedlich zu behandelnden dinglichen Einigung. Es ist daher auch bei der der Uebergabe vorhergehenden Einigung zu ihrer Unwirksammachung eine empfangsbedürftige Widerrufserklärung erforderlich; sonst wird die vielleicht tatsächlich längst in Fortfall gekommene Einigkeit der Parteien als fortbestehend fingiert, nicht nur vermutet[56]). Daraus und aus dem Grundsatz des § 130 II ergibt sich auch, daß die Parteien nur bei Abschluß der Einigung rechts- und geschäftsfähig zu sein brauchen, während diese Voraussetzung zur Zeit der nachfolgenden Uebergabe schon in Wirklichkeit weggefallen sein kann. Eine weitere Vorwirkung als die bis zum Widerruf geltende Fiktion des Einigkeitswillens der Vertragschließenden[57]) hat die vorangegangene Einigung nicht; wenn die Uebergabe nicht nachgeholt wird, kann der Erwerber nicht Eigentümer gemäß § 929, 1 werden, noch kann er nur auf Grund der dinglichen Einigung schon irgendwelche Ansprüche gegen den Veräußerer herleiten.

Auch bei vorhergehender Einigung muß „die Uebergabehandlung Ausdruck des Uebereignungswillens, der Be-

56) Letzteres nimmt Wolff, § 66 I 4, an, ebenso viele. Wie hier vor allem von Tuhr I S. 176 Anm. 18 unter Berufung auf die Analogie des § 956; siehe auch Enneccerus, § 136 II 1*a*, und Zitelmann, Jher. Jahrb. 70 S. 10 ff.

57) mit der sich aus dieser Fiktion für den Erwerber ergebenden Anwartschaft; vgl. unten Anm. 61.

sitzerwerb Ausdruck des Eigentumserwerbswillens sein“ [58]). Doch ist die Uebergabe selbst immer nur Realakt. Daß sie, wenn sie der Einigung nachfolgt, im Sinne dieser vorhergehenden Einigung aufzufassen ist, daß sie Ausdruck der bisher nicht widerrufenen Einigung ist, dafür spricht eine Vermutung. Wird die Sache ausdrücklich zu Verwahrerzwecken übergeben, so kann von einem Eigentumsübergang nicht gesprochen werden, selbst wenn ein Widerruf der dinglichen Einigung nicht erfolgt war. Hat der Veräußerer sich mit verschiedenen Erwerbern geeinigt, so erwirbt natürlich nur der, dem die Sache dann übergeben wird [59]).

Fehlt bei Abschluß eines Besitzkonstitutes dem veräußernden Eigentümer der Besitz, so kann er regelmäßig wohl die Einigung und auch den Besitzmittlungsvertrag schließen, nicht aber das Besitzmittlungsverhältnis schaffen. Der volle Uebergabeersatz steht daher noch aus. Wie bei der Traditionsübereignung mit der Einigung nachfolgender Uebergabe ist hier die Einigung, wenn auch wieder nicht bindend, so doch wirksam. Erst mit der Besitzergreifung durch den Veräußerer ist die Uebergabe ersetzt, weil jetzt der Erwerber mittelbarer Besitzer wird. Da der Abschluß des Besitzmittlungsvertrages zugleich mit der Einigung erfolgt, kann anders wie bei der Traditionsübereignung kein Zweifel sein, daß das demnächst entstehende Besitzmittlungsverhältnis, der Uebergabeersatz, im Sinne der dinglichen Einigung aufzufassen ist. Es spricht daher für diese Auslegung bei der Besitzergreifung durch den Veräußerer nicht nur eine Vermutung [60]).

b) a. c. p.-Abschluß bei fehlendem Besitz.

Während, wenn der Veräußerer Eigentümer ist, mit seinem Besitzerwerb unter der Voraussetzung, daß ein Widerruf nicht erfolgt ist, die volle Wirkung des Besitzkonstitutes eintritt, muß beim uneigentlichen a. c. p., wenn der vorausverfügende Nichteigentümer Besitz ergreift, zunächst die Vorwirkung des § 185 II in Erscheinung treten. Aus dem uneigentlichen a. c. p. wird dann eine echte Vorausverfügung.

58) Wolff, § 66 I 4 Text und Anm. 11.
59) Vgl. von Tuhr, II 1 S. 385 Anm. 128.
60) Siehe Enneccerus, § 167 Anm. 5.

Meist wird aber der Veräußerer Besitz und Eigentum im gleichen Moment erlangen. Dann braucht die Vorwirkung des § 185 nicht erst zu erfolgen, weil damit schon sämtliche Erfordernisse für die volle Wirkung vorliegen. Diese Vorwirkung wird durch den Eintritt der Vollwirkung vereitelt. Möglich, doch selten ist, daß der Veräußerer zunächst Eigentum und dann erst Besitz erwirbt; dann steht den Parteien nach der tatsächlichen Erlangung des Eigentums seitens des Veräußerers bis zur Besitzergreifung noch der Widerruf zu.

Solange das uneigentliche a. c. p. nicht widerrufen ist, hat es die Vorwirkung eines echten a. c. p. Der Erwerber erlangt sofort die gleiche unsichere Anwartschaft, die dann aber jederzeit durch einseitige empfangsbedürftige Widerrufserklärung vernichtet werden kann. Beiden Parteien ist bis zur Besitzergreifung durch den Veräußerer noch der Rücktritt von ihrem Geschäft vorbehalten. Es genügt jedoch nicht, wenn der Veräußerer einfach mit einem anderen Erwerber ein widersprechendes neues a. c. p. vereinbart. Um dieses überhaupt wirksam werden zu lassen, muß er das frühere a. c. p. widerrufen. Sonst gebührt dem ersten Erwerber der Vorzug vor dem späteren. Man kann allerdings, wenn nun später die Besitzergreifung erfolgt, von einer früheren oder späteren Verfügung im Sinne des § 185 II 2 nicht sprechen. Denn im gleichen Moment werden die uneigentlichen a. c. p. echte Vorausverfügungen. Doch handelt es sich in § 185 ebenso wie in § 161 um einen ganz allgemeinen Grundsatz: wer einmal, sei es auch noch nicht vollwirksam, verfügt hat, soll nicht nochmals in gleicher oder sonst widersprechender Weise verfügen können. Bei nur vorwirksamen Verfügungen muß daher der ältere Anwärter dem jüngeren vorgehen. Folglich hat, auch wenn die Besitzergreifung mit dem Eigentumserwerb zugleich erfolgt, oder wenn er ihm nachfolgt, der erste Erwerber den Vorrang vor den späteren [61]). Schließlich finden auch beim uneigentlichen a. c. p. bereits die Regeln über den gutgläubigen Erwerb Anwendung, und zwar aus dem gleichen Grund, nämlich weil auch diese Bestimmungen grundsätzlicher Natur sind. Man kann daher entsprechend dem

61) Entsprechendes gilt übrigens auch für die Einigung mit nachfolgender Uebergabe, mag der Veräußerer schon Eigentümer sein oder mag sein Erwerb zu Eigentum erst später erfolgen.

§ 161 III folgern, daß der zweite Erwerber letzten Endes Eigentümer wird, wenn er das erste uneigentliche a. c. p. nicht kannte oder kennen mußte und ihm die Sache, sei es auch erst, nachdem die volle Konvaleszenz der ersten Verfügung eingetreten und damit der erste Erwerber Eigentümer geworden ist, vom Veräußerer übergeben wird.

Im übrigen müssen beim uneigentlichen a. c. p. aber sämtliche Erfordernisse der Vorwirksamkeit der echten Vorausverfügung bis eben auf die Innehabung des Besitzes vorliegen. Das gilt insbesondere auch hinsichtlich der individuellen Bestimmtheit des Verfügungsgegenstandes. Denn wenn die Parteien sich über den Uebergang dieses Gegenstandes einigen wollen, müssen sie bei Abschluß der Einigung bereits wissen, was eigentlich übergehen soll, was im einzelnen von der Verfügung betroffen wird. Es ist dies besonders wichtig, da das uneigentliche a. c. p. nicht nur möglich ist an bereits vorhandenen Sachen, sondern, da ja der Besitz noch fehlen kann, auch an künftigen. Die Rechts- und Geschäftsfähigkeit ist schon für den Abschluß der Einigung nötig. Andererseits können aber für die Vornahme des uneigentlichen a. c. p. auch keine schwereren Erfordernisse aufgestellt werden als beim echten; es macht daher auch hier grundsätzlich keinen Unterschied, ob die Parteien sich der einstweiligen Unwirksamkeit der unechten Vorausverfügung bewußt waren oder nicht[62]).

c) Der Besitzmittlungsvertrag beim uneigentlichen a. c. p. im einzelnen.

Beim uneigentlichen a. c. p. kann der Vorausveräußerer, der ja weder Eigentümer noch Besitzer ist, wohl regelmäßig den Besitzmittlungsvertrag abschließen, nicht aber den Erwerber bereits zum mittelbaren Besitzer machen; erst durch die Besitzergreifung seitens des Vorausveräußerers wird das Besitzmittlungsverhältnis, wie es § 930 voraussetzt, ins Leben gerufen, mag eine bestehende oder eine künftige Sache Gegenstand des a. c. p. und damit des Besitzmittlungsvertrages gewesen sein.

62) Näheres über die Bedeutung des Wissens von der einstweiligen Unwirksamkeit für den Besitzmittlungsvertrag unter c. α und β.

a) Fremde Sachen.

Wenn die Sache, über die durch uneigentliches a. c. p. vorausverfügt wird, bei Vornahme des a. c. p. überhaupt schon existiert, können die Parteien trotz Fehlen des Besitzes jederzeit einen obligatorischen Besitzmittlungsvertrag sowohl unbedingt wie bedingt abschließen. Beim unbedingten Besitzmittlungsvertrag liegt dann allerdings bis zur Besitzergreifung durch den Vorausveräußerer immer anfängliche subjektive Unmöglichkeit vor, die aber die Gültigkeit des Vertrages nicht berührt und im übrigen vom Vorausveräußerungsgegner nicht zu vertreten ist, da ihm gegen den Veräußerer, wenn dieser sofortige Erfüllung z. B. des Mietvertrages fordert, eine exceptio doli zusteht. Der bedingte obligatorische Besitzmittlungsvertrag ist wirksam und bindend gemäß § 158. Meist wird die Bedingung auf die Behebung des Unvermögens abstellen. Sonst gilt für den bedingten Vertrag, auch wenn die Bedingung vor der Besitzergreifung des Veräußerers eintritt, dasselbe, wie für den unbedingten. Ob die Parteien in Kenntnis der einstweiligen Unwirksamkeit des a. c. p. und der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit der Leistung aus dem unbedingten oder bedingten Besitzmittlungsvertrag abgeschlossen haben, ist gleichgültig.

Der dingliche Besitzmittlungsvertrag ist seinerseits wieder eine Vorausverfügung, und zwar auch eine uneigentliche, da der Besitz noch fehlt. Zu der Wirksamkeit dieser unechten Nießbrauchs- oder Pfandvorausbestellung mittels antizipierter brevi manu traditio ist das Gleiche zu sagen, wie bei der Veräußerung gemäß § 929, 1 mit nachfolgender Uebergabe. Die Einigung ist wirksam, aber nicht bindend; außer ihr ist erforderlich die Besitzergreifung durch den Gegner der antizipierten brevi manu traditio. Diese Ergreifung ist nicht wie die Uebergabe in § 929 Ausdruck der vorhergegangenen Einigung; wird der Besitz ergriffen, was meist ohne Wissen des Nießbrauchs- oder Pfandbestellers geschehen wird, so wird ipso iure aus der unechten eine eigentliche antizipierte brevi manu traditio. Die Vorwirkung des § 185 II tritt ein; sie wird vereitelt, wenn der Nießbrauch- oder Pfandanwärter, also der durch a. c. p. Vorausverfügende, mit dem Besitz, der auch hier nur mittelbarer zu sein braucht, zugleich das Eigentum erwirbt. Der dingliche Besitzmittlungsvertrag konvaleszíert, wenn der a. c. p.-Gegner

das Eigentum erwirbt und in diesem Moment mittelbarer Besitzer ist, regelmäßig also dann, wenn das a. c. p. konvaleszziert, da ja der Eigentumserwerb des Nießbrauch- oder Pfandbestellers auch von einem anderen als dem durch a. c. p. Vorausverfügenden erfolgen kann. Auch beim dinglichen Besitzmittlungsvertrag, der regelmäßig wieder unter der Bedingung, daß der durch a. c. p. Vorausverfügende die Sache zu Eigentum erwirbt, geschlossen wird, aber auch nur rechtsbedingt sein kann, ist es grundsätzlich gleichgültig, ob die Parteien seine vorläufige Unwirksamkeit und die des a. c. p. kannten oder nicht. Daß im übrigen für diese Vorausverfügung gemäß § 929, 2, die den Besitzmittlungsvertrag ausmacht, die gleichen Voraussetzungen gegeben sind wie bei jeder anderen Vorausverfügung, ergibt schon der Umstand, daß sie sich im Rahmen des a. c. p. befindet.

β) Künftige Sachen.

Der obligatorische Besitzmittlungsvertrag zeigt eine Besonderheit, wenn es sich um künftige Sachen handelt. Es wird hier eine zurzeit objektiv unmögliche Leistung versprochen. Wissen das die Parteien, so werden sie gemäß § 308 I auf den Fall des Möglichwerdens abstellen; der Vertrag ist dann gültig und bindend. Kennen die Parteien die einstweilige Unwirksamkeit des a. c. p. hingegen nicht und schließen daher den obligatorischen Besitzmittlungsvertrag unbedingt ab, so ist dieser Vertrag wegen § 306 nichtig und zieht dann weiter die Nichtigkeit des ganzen a. c. p. auf Grund von § 139 nach sich. Möglich ist auch der Abschluß eines gemäß § 308 II gültigen bedingten Besitzmittlungsvertrages; dann aber wird meistens auch das Besitzkonstitut als Ganzes geschäftsbedingt sein, und ist dann wegen Fehlens von Besitz und Eigentum zugleich unechtes a. c. p.

Beim dinglichen Besitzmittlungsvertrag ist es wiederum auch bei künftigen Sachen gleichgültig, ob die Parteien sich der einstweiligen Unwirksamkeit der Nießbrauch- oder Pfandvorausbestellung durch antizipierte brevi manu traditio und des a. c. p. bewußt sind oder nicht. Daß der Verfügungsgegenstand künftig ist, spielt keine Rolle; die Eigentumsanwartschaft des a. c. p.-Gegners wird mit der Nießbrauch- oder Pfandanwartschaft des Vorausverfügers durch a. c. p. trotz der Künftigkeit der Sache belastet. Ebenso wie bei

fremden Sachen müssen aber sämtliche Vorwirksamkeitserfordernisse der unechten Vorausverfügung gemäß §§ 1032,2 und 929, 2 oder gemäß § 1205 I 2 vorliegen, so daß nur Eigentum des Bestellers und Besitz seines Gegners fehlen dürfen.

Im übrigen gelten hinsichtlich des Besitzmittlungsvertrages bei künftigen Sachen die gleichen Grundsätze wie bei fremden Sachen.

3. Die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand.

Das a. c. p. wird in der Praxis am meisten verwandt bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern, die in ihrem wechselnden Bestand im Besitz ihres bisherigen Inhabers verbleiben sollen.

a) Die Sicherungsübertragung durch Besitzkonstitut.

Die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut im allgemeinen ist heute überaus gebräuchlich. Der reine Personalkredit, der früher im Wirtschaftsleben eine große Rolle spielte, wird eine von Tag zu Tag seltenere Erscheinung. Banken und private Geldgeber verlangen bei Hingabe eines Darlehns jetzt ganz regelmäßig Sicherung in Sachwerten. Soweit der Kreditsuchende Grundstückssicherungen nicht oder nicht mehr zu vergeben hat, ist er auf die Verpfändung seiner beweglichen Habe angewiesen. Er muß dann aber an sich, entsprechend dem unser Recht beherrschenden Grundsatz der Offenkundigkeit, der beim Pfandrecht streng durchgeführt ist, den Besitz seiner Mobilien aufgeben. Diesen wird er jedoch häufig nicht missen können, sei es, daß es sich um Inventar seines Geschäfts- oder Wirtschaftsbetriebes oder um das Werkzeug seines Gewerbebetriebes handelt, sei es, daß ein Warenlager von ihm oder seine Wohnungseinrichtung in Frage kommt. Durch Verpfändung würde er diese Sachwerte in den seltensten Fällen für die Kreditbeschaffung nutzbar machen können. Es ist daher nicht verwunderlich, daß die Wirtschaft sich hier auf einem andern Wege zu helfen gesucht hat. Die für den Sicherungsgeber unentbehrlichen Mobilien wer-

den nicht durch Uebergabe verpfändet, sondern gemäß § 930 sicherheitshalber übereignet. Dadurch soll der Darleiher die ihm genügende Sicherung erhalten, während der Schuldner den für ihn notwendigen Besitz behält. Anfangs hat man diese Art der Kreditsicherung als dem Grundsatz der Offenkundigkeit widersprechend, also als Umgehung des § 1205 für ungültig erklären wollen. Sie hat sich jetzt aber, vor allem auf Grund der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, völlig durchgesetzt. Ihre Zulässigkeit wird damit begründet, daß es sich um ein ganz anderes Geschäft wie die Verpfändung handele; der Kreditgeber sei nicht Pfandgläubiger, sondern Eigentümer, und ersichtlich zu machen, daß die der Kreditbeschaffung dienlich gemachten Sachwerte nicht mehr Eigentum ihres Besitzers sind, sei nicht erforderlich. Doch neigt gerade das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung immer mehr dazu, die Stellung des Sicherungseigentümers der eines Pfandberechtigten anzugleichen. So gewährt er dem Sicherungsgeber, trotzdem er nicht Eigentümer mehr ist, wie einem solchen eine Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. gegen den Dritten, der die sicherheitshalber veräußerte Sache wegen einer Schuld ihres Eigentümers pfändet[63]). Im Konkurs des Sicherungsgläubigers soll die Sache nicht zur Masse gehören, dem Schuldner wird vielmehr ein Aussonderungsrecht eingeräumt[64]). Dem Sicherungseigentümer dagegen wird im Konkurs des Schuldners, als ob nur eine Verpfändung vorgenommen sei, nur ein Absonderungsrecht, nicht, wie es das Gesetz in § 43 KO. vorschreibt, ein Aussonderungsrecht gegeben[65]). Diese Bestrebungen auf Annäherung der Sicherungsübereignung an die Pfandbestellung nur wegen der Gleichartigkeit ihres wirtschaftlichen Zweckes schaffen Freirecht und führen zu einer Umgehung des Gesetzes, die die Sicherungsübereignung unzulässig machen würde. Wenn man von dieser dem Gesetz zuwiderlaufenden Umgestaltung der Sicherungsübereignung absieht, lassen sich gegen diese Art der Kreditsicherung als solcher de lege lata stichhaltige rechtliche Bedenken nicht erheben. Wohl aber ist die Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitut geeignet, das Wirtschaftsleben zu gefährden. Da der Gläubiger gezwungen ist, dem Schuldner

63) RG. Bd. 79, S. 121.
64) z. B. RG. Bd. 45, S. 84.
65) RG. in LZ. 1910, S. 158.

den Besitz der Sicherungsstücke zu belassen, und deshalb Gefahr läuft, daß dieser durch Uebergabe an einen gutgläubigen Dritten die zur Sicherheit übereigneten Sachen veräußert, ist er bestrebt, sich eine größere Sicherung geben zu lassen, als an sich zur Deckung des Kredites erforderlich wäre. Der Schuldner wird dadurch wieder gehindert, Sachwerte, die er sonst für weitere Kreditbeschaffung nutzbar machen könnte, für sich voll zu verwerten; sie liegen brach. Im Interesse des Schuldners wird von der erfolgten Sicherungsübereignung möglichst wenig Aufheben gemacht, sie wird meist geheim gehalten. Während der Sicherungsgeber nach außen hin auf Grund der in seiner Hand verbleibenden Sachwerte durchaus kreditwürdig erscheint, kann er in Wahrheit seine ganze bewegliche Habe schon einem Gläubiger sicherheitshalber übereignet haben. Es ist daher erklärlich, wenn das für das Geschäftsleben so notwendige Vertrauen einem immer mehr steigenden Mißtrauen Platz machen muß, daß vor allem der früher übliche Personalkredit langsam abkommt. Wegen der sorgfältigen Geheimhaltung der Sicherungsübereignung können sich spätere Kreditgeber auch bei Anwendung von großer Vorsicht nicht immer vor Schaden schützen. Gegen Hergabe eines Kredites werden ihnen vom Schuldner Sachen, über die dieser schon zu Gunsten eines früheren Sicherungsnehmers verfügt hat, nochmals mittels Besitzkonstitutes übereignet; da die Uebergabe fehlt, erwirbt der spätere Sicherungsnehmer jedoch auch bei gutem Glauben kein Eigentum und ist dann im entscheidenden Augenblick ohne jede Sicherung. Unlauteres Geschäftsgebahren und Schiebertum erfährt auf Kosten des ordentlichen Geschäftsmannes hierdurch wirksamste Förderung. Ist es doch heute keine Seltenheit mehr, daß leichtsinnige und gewissenlose Schuldner ihre Sachwerte zwei- oder dreimal zur Kreditbeschaffung verwerten. Nur eine geringe Genugtuung ist es dann für die betrogenen Gläubiger, daß ihre Schuldner ihrer strafrechtlichen Verfolgung nicht entgehen. An einen Ersatz des Schadens ist in den seltensten Fällen zu denken. Vergeblich ist die Rechtsprechung der Zivilgerichte bemüht, diesen Uebelständen wirksam zu begegnen. Einerseits versucht man die Geheimhaltung einer früheren Sicherungsübereignung für unsittlich zu erklären und daraus die Nichtigkeit eines solchen Geschäftes abzuleiten. Andererseits gibt man dem

Geschädigten gegen den die Kreditunwürdigkeit des Schuldners kennenden früheren Sicherungsnehmer wegen der Geheimhaltung der Sicherungsübereignung einen Schadensersatzanspruch aus § 826. Beides hat seine großen Bedenken. Abgesehen davon, daß die Sicherungsübereignung häufig als abstrakte Verfügung, die als solche nicht sittenwidrig ist, nicht nichtig sein wird, ist „die Benachteiligung anderer Gläubiger vom Anfechtungsrecht innerhalb und außerhalb des Konkurses erschöpfend geregelt und sollte nicht in einzelnen schwer abzugrenzenden Fällen als Nichtigkeitsgrund gelten“ [66]). Gleiches gilt für die Schadensersatzklage aus § 826, dessen Tatbestand den Nachweis des Schädigungsvorsatzes des ersten Sicherungsnehmers erfordert, der nur in den wenigsten Fällen zu erbringen ist. Oft wird der verklagte Sicherungsnehmer alles andere wie die Schädigung anderer Gläubiger bedacht haben; er hat dem Schuldner wieder festen Boden unter den Füßen verschaffen wollen, um auf diese Weise selbst vielleicht schon früher von ihm dem Schuldner geliehene, ungedeckte Gelder wiedereinzubringen. Den Gefahren der Sicherungsübereignung wird also hierdurch keineswegs in genügendem Maße gesteuert, und es sind daher besonders neuerdings wieder Bestrebungen am Werke, eine Gesetzesänderung herbeizuführen, die sowohl der Kreditnot Rechnung tragen, wie auch der Rechtsunsicherheit begegnen soll. Man hat de lege ferenda die Einführung eines Registermobiliarpfandrechts, das sich in anderen modernen Rechten bewährt hat, vorgeschlagen, ein Gegenstück zur Grundstückssicherung. Auch ein Ausbau des Anfechtungsrechts oder des § 805 ZPO. wird empfohlen. Die zurzeit beste Lösung dürfte das von Lehmann [67]) in Vorschlag gebrachte Kreditschutzregister bringen. An die Stelle der Sicherungsübereignung soll eine Verpfändung treten, die in ein nur beschränkte Oeffentlichkeit genießendes, amtliches Register einzutragen ist. Die Eintragung hindert nur den gutgläubigen Erwerb eines weiteren Sicherungsnehmers, dem das Recht auf Registereinsicht vorher zusteht. Anderen Sachenrechtserwerbern schadet, wenn eine Eintragung nicht erfolgt ist, grundsätzlich nur die Kenntnis der erfolgten Verpfändung.

66) von Tuhr in einer Anmerkung zu einer in der JW. 1925 S. 470 Nr. 12 veröffentlichten RG.-Entscheidung.

67) Lehmann, Gläubigerschutz, § 13 unter 4.

Die Sicherungsübereignung selbst müßte dann aber, wenigstens soweit sie zurzeit mittels Besitzkonstitutes zulässig ist, durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung für unwirksam erklärt werden. Im Augenblick besteht für eine derartige gesetzgeberische Lösung wenig Aussicht, da der Streit der Interessenten, die sich nur darüber einig sind, daß eine Aenderung des jetzigen Zustandes erfolgen muß, noch kein Ende absehen läßt. Wenig befriedigend ist die neueste Stellungnahme des Industrie- und Handelstages. Er ist grundsätzlich für Beibehaltung der Sicherungsübereignung. Der erst kürzlich gebildete Rechtsausschuß empfiehlt in seiner am 16. Dezember 1926 abgehaltenen Sitzung lediglich die Erweiterung der Anfechtbarkeit der im übrigen von der Schriftform in ihrer Gültigkeit abhängig zu machenden Sicherungsübereignungen und weiter eine Ausdehnung des § 805 ZPO. auf diese Verträge. Immerhin bedeutet dieser Vorschlag schon einen Fortschritt gegenüber dem noch im Februar 1926 gemachten, der sich nur für die Einführung eines vom Sicherungsnehmer selbst zu führenden Handelsbuches aussprach, in das die Sicherungsverträge eingetragen werden und das der Gläubiger vor Erteilung eines Kredites einzusehen berechtigt sein soll. Auf jeden Fall kann nur eine Gesamtlösung helfen; Einzellösungen, wie sie der Gesetzgeber z. B. für landwirtschaftliche Pachtbetriebe durch das Gesetz betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. Juli 1926 (RGBl. S. 399) vorgenommen hat, haben nur Sinn für ein Uebergangsstadium; sie stellen außerdem einen gesetzgeberischen Versuch dar und bereiten die endgültige Gesamtlösung vor.

Vorerst muß noch mit der Sicherungsübereignung in ihrer jetzigen Gestalt gerechnet werden. Daß sie entsprechend § 930 nicht nur ein abstraktes Konstitut enthalten darf, ist selbstverständlich. Es braucht jedoch nicht unbedingt ein Miet-, Pacht-, Verwahrungs- oder ein sonstiger im Gesetz ausdrücklich genannter Besitzmittlungsvertrag vereinbart zu sein. Andererseits sind solche Verträge regelmäßig nicht als nicht ernstlich gemeint für nichtig zu halten. Es genügt zur Schaffung eines Besitzmittlungsverhältnisses, wenn zum Ausdruck gebracht ist, daß die Uebereignung zu Sicherungszwecken erfolgt; der obligatorische Sicherungsvertrag, also das der Uebereignung zugrundeliegende Geschäft, vermittelt zugleich den Besitz.

b) Warenlager als Sicherungsobjekt.

Bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern läßt sich der Kreditgeber entweder das ganze Lager oder einen Teil desselben vom Schuldner zur Sicherung des gewährten Kredites übereignen. Im Interesse beider Parteien liegt es dann, daß der Geschäftsbetrieb des Schuldners in alter Weise fortgeführt wird. Denn die Geschäftseinnahme soll fortan nicht nur mehr dem Inhaber zugute kommen, sondern von ihm zum Teil zur Verzinsung und Tilgung des aufgenommenen Kapitals verwandt werden. Der Schuldner bleibt also wie vorher im Besitz des Lagers und erhält gemäß § 185 I von dem neuen Eigentümer die Ermächtigung zur Veräußerung der einzelnen Stücke des Warenlagers im Rahmen des regelmäßigen Verkaufs. Dafür muß er dann die Verpflichtung übernehmen, die zur Wiederauffüllung des Lagers neu anzuschaffenden Waren dem Lager zu Gunsten des Gläubigers einzuverleiben, damit die Sicherung durch die gestattete Veräußerung der bisherigen Stücke nicht verringert wird. Der Einfachheit, und meistens wohl auch der Sicherheit halber, vereinbaren Sicherungsgeber und -nehmer schon bei Abschluß der Kreditsicherung hinsichtlich der neu anzuschaffenden Waren ein a. c. p. Mit dem Erwerbe der Ersatzstücke sollen diese sofort als Teil des dem Gläubiger gehörenden Warenlagers dessen Eigentum werden. Dieses a. c. p. würde, wenn es überhaupt zulässig ist, regelmäßig ein uneigentliches sein, da ja bei seinem Abschluß der Veräußerer, also der Schuldner, meist noch nicht Besitzer der später einzuverleibenden Waren sein wird. Erwirbt er sie für das Lager, wie das ja heute überaus häufig ist, zunächst noch unter Eigentumsvorbehalt seines Verkäufers, so würde mit der Einverleibung nicht etwa aus dem uneigentlichen ein echtes a. c. p. werden; der Sicherungsnehmer erwirbt vielmehr sofort an den Ersatzstücken aufschiebend bedingtes Eigentum und der Fortfall des Vorbehaltes macht ihn dann zum vollen Eigentümer [67a]).

67a) Von einem gutgläubigen Erwerb kann solange keine Rede sein, als der Gläubiger nicht den unmittelbaren Besitz erworben hat, § 933. Anders Sättler, JW. 1927, S. 2453, der offensichtlich nur an § 934 gedacht hat.

c) Die individuelle Bestimmtheit der Ersatzstücke.

Am schwierigsten ist bei der Sicherungsübereignung von Warenlagerersatzstücken mittels a. c. p. die Frage der individuellen Bestimmtheit des Vorausverfügungsgegenstandes. Nur wenn sie im Sinne der Zulässigkeit des a. c. p. gelöst wird, hat es Zweck, auf die etwaige Unsittlichkeit einer solchen Vorausveräußerung gemäß § 138, auf einen vielleicht vorhandenen Schädigungsvorsatz des Sicherungsnehmers in Bezug auf § 826 oder auf eine womöglich gegebene Analogie des § 310 bei dem oft das ganze Vermögen des Sicherungsgebers darstellenden Warenlager einzugehen. Gegenstand des a. c. p. sind alle die Ersatzstücke des Lagers, die später tatsächlich in dieses hineingelangen. Bei einer Unzahl schon gegenwärtiger oder erst künftiger Waren besteht nun praktisch die Möglichkeit, daß sie einmal dem Lager einverleibt werden. Erforderlich ist aber, daß schon bei Abschluß des a. c. p. feststeht, welche von all diesen Waren im einzelnen später tatsächlich in das Lager eingeführt werden. Man kann nun nicht sagen, daß sämtliche Waren, die überhaupt geeignet sind, einmal Ersatzstücke zu werden, durch a. c. p. unter der Bedingung, daß sie wirklich Teil des Warenlagers werden, vorausveräußert sind. „Das wäre eine widersinnige Vorstellung“ [68]). Im allgemeinen ist es daher unmöglich, schon bei Vornahme des a. c. p. mit genügender Bestimmtheit anzugeben, welche einzelnen Waren gerade später in das Lager gelangen und deshalb von vornherein vom a. c. p. erfaßt werden. Ausnahmefälle sind denkbar. So wäre eine ausreichende Konkretisierung gegeben, wenn der Sicherungsgeber das übereignete Lager nur durch Erwerb von einer einzigen, bestimmten Fabrik ergänzte und dieses nur an ihn die zur Auffüllung des Lagers erforderlichen Waren lieferte. Solche Fälle kommen aber praktisch kaum vor. Grundsätzlich muß deshalb das a. c. p. bei der Sicherungsübereignung von Warenlagerersatzstücken abgelehnt werden.

d) Umdeutung des a. c. p. in eine Ermächtigung des Schuldners zur Selbstkontraktion.

Regelmäßig erreichen die Parteien ihren durch Vereinbarung eines a. c. p. verfolgten Zweck auch mit Hilfe

68) Oertmann, die Rechtsbedingung, S. 49.

des § 181. Der Schuldner muß sich hier bei Abschluß des Sicherungsgeschäftes verpflichten, die neu anzuschaffenden Ersatzstücke durch Uebereignungsvertrag mit sich selbst und mit sich als Vertreter des Gläubigers auf diesen im Augenblick der Einführung in das Lager zu übertragen. Ob er dieser Verpflichtung nachkommt, ist allerdings dann von seinem guten Willen abhängig. Denn Verpflichtungen können gebrochen werden. Es bedarf nicht erst, wie bei uneigentlichen a. c. p., eines ausdrücklichen Widerrufs, da ja von einer auch nur fiktiven einstweiligen dinglichen Bindung keine Rede sein kann. Doch spricht eine aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sich ergebende Vermutung dafür, daß er seiner Verpflichtung bei der Einverleibung nachgekommen ist. An ihm oder einem an der Unwirksamkeit der Uebertragung der Ersatzstücke interessierten Dritten ist es dann, diese Vermutung durch Gegenbeweis zu erschüttern. Im Zweifel ist anzunehmen, daß mit der Einverleibungshandlung auch die Uebertragung auf den Eigentümer des Lagers gewollt ist. Praktisch ist daher die Wirkung einer Verpflichtung zur Selbstkontraktion bezüglich der Ersatzstücke fast die gleiche wie bei dem sonst meist vereinbarten uneigentlichen a. c. p., das ja schon durch einseitige Erklärung widerrufen werden kann. Es bestehen daher grundsätzlich keine Bedenken, den an sich meist nichtigen Abschluß eines a. c. p., der oft gemäß § 139 auch die Nichtigkeit der ganzen Sicherungsübereignung des Warenlagers zur Folge haben würde, in eine Vereinbarung einer Ermächtigung für den Schuldner, gemäß § 181 zu verfahren, umzudeuten [68a]). Denn auch bei Wegfall des a. c. p. bleibt die Eigentumsübertragung an den Ersatzstücken gemäß dem obligatorischen Sicherungsgeschäft immer noch von den Parteien gewollt. Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Vereinbarung gemäß § 181 sind dann regelmäßig vorhanden. Es ist weiter anzunehmen, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des a. c. p. wenigstens die Verpflichtung zur Selbstkontraktion gewollt haben würden [68a]). Nach § 140 muß deshalb letztere als vereinbart gelten. Die von dem Schuldner vorgenommene Einverleibung der Ersatzstücke in das Lager oder eine ähnliche Handlung, wie

68*a*) So regelmäßig die Schriftsteller, die das *a. c. p.*, insbesondere auch an Ersatzstücken, ablehnen. Vgl. z. B. Wolff, § 163 I 1*d*.

Eintragung der einzelnen Stücke in ein Lagerbuch oder dergleichen, läßt dann die erfolgte Selbstkontraktion erkenntlich werden.

4. Zusammenfassung.

Bei der vorstehend entwickelten Darstellung des a. c. p. ist ausgehend von der Vorausverfügung des § 185 II ein scharfer Unterschied gemacht zwischen dem eigentlichen und uneigentlichen a. c. p.

Nur wenn sämtliche Wirksamkeitserfordernisse bis auf die Innehabung des Eigentums an der von dem a. c. p. betroffenen Sache auf seiten des Vorausverfügenden bei Geschäftsabschluß vorhanden waren, handelte es sich um ein a. c. p. im eigentlichen Sinne, das gemäß § 185 II der Konvaleszenz fähig war. Dies war in erster Linie aus § 185 selbst zu schließen. Auch der Eigentümer kann nicht durch Besitzkonstitut übereignen, wenn er nicht unmittelbarer oder wenigstens mittelbarer Besitzer der Sache ist, über die er gemäß § 930 verfügen will. Und es ist keineswegs ausgeschlossen, daß der Eigentümer besitzlos ist; der Besitz kann abhanden gekommen sein, ohne daß das Eigentum verloren geht.

Außerdem setzte auch das in 868 vorgesehene Besitzmittlungsverhältnis, das die Uebergabe ersetzen soll, den Besitz voraus. Ein Miets- oder ein sonstiger zur Besitzmittlung geeigneter Vertrag schafft nur dann ein Besitzmittlungs*verhältnis*, wenn der Besitz, der vermittelt werden soll, bei dem Vorausverfügenden tatsächlich existiert.

Wie bei jeder Verfügung mußte auch bei der Vorausverfügung insbesondere die individuelle Bestimmtheit ihres Gegenstandes schon bei Geschäftsabschluß gegeben sein. Da nun bei nach § 185 konvaleszierendem, echtem a. c. p. der Besitz bei Abschluß vorhanden sein mußte, standen dieser Individualisierung unüberwindliche Schwierigkeiten grundsätzlich nicht im Wege.

Fehlte dem durch a. c. p. Vorausverfügenden bei Geschäftsabschluß außer dem Eigentum auch der Besitz, so war die Vorwirkung des § 185 noch nicht gegeben. Dieses uneigentliche a. c. p. konnte überhaupt nur dann später einmal wirksam werden, wenn die dingliche Einigung und der Konstitutsvertrag bis zum Eigentums- und Besitzerwerb von

Bestand blieben. Der Wirksamkeit des Konstitutsvertrages stand regelmäßig nur der Umstand entgegen, daß das ganze a. c. p. vielleicht wegen Unwirksamkeit der dinglichen Einigung der Konvaleszenzfähigkeit definitiv ermangelte. Eine regelrechte Bindung der Parteien an die Einigung, eine bekannte Wirkungsform, war aus dem Gesetz nicht zu konstruieren. Denn die Einigung allein ist an sich unselbständiger Bestandteil des ganzen Uebereignungsgeschäftes. Bindungslosigkeit brauchte aber nicht gleich Unwirksamkeit zu sein.

§ 130 Absatz 1, sieht ein Widerrufsrecht vor, trotzdem die abgesandte Willenserklärung nicht unwirksam ist. § 930 setzt entsprechend § 929 Einigkeit gleichzeitig mit dem Uebergabeersatz voraus. Diese Einigkeit kann sich immer nur durch gegenseitige Abgabe zweier zueinanderpassender Willenserklärungen äußern; das ist die Einigung. § 873 sagt, daß im Liegenschaftsrecht, das ja allgemein einen stärkeren Formzwang vorsieht, die der Verfügungswirkung vorausgehende Einigung immer dann als unwirksam angesehen werden soll, wenn bestimmte Formvorschriften nicht gewahrt sind. Das Fahrnisrecht ist dagegen minder formfreudig und hat eine gleiche Ausnahme wie in § 873 nicht gemacht.

Es war daher nicht einzusehen, weswegen im Fahrnisrecht der dinglichen Einigung allein jegliche Wirksamkeit abgesprochen werden sollte. Wenn auch aus dem Gesetz eine Bindung an die früher erfolgte Einigung nicht entnommen werden konnte, so bestand doch keine Veranlassung, die nun einmal von den Parteien zum Zwecke des Geschäftsabschlusses tatsächlich ausgedrückte Willensübereinstimmung ohne zwingenden Grund als völlig unwirksam, als leere Rede anzusehen. Diese Uebereinstimmung mußte vielmehr solange als fortbestehend gelten, als die Parteien ihre Willensänderung einander nicht kundgetan hatten. Daß letzteres einseitig erfolgen konnte, ergab sich aus der Tatsache der Nichtbindung. Erfolgte ein Widerruf, eine empfangsbedürftige Willenserklärung wie die früheren Einigkeitserklärungen selbst, nicht, so mußte der Fortbestand der Einigung trotz Willensänderung fingiert werden. Kam jetzt der Besitz hinzu, so konnte die Vorwirkung des § 185 eintreten, die mit dem Eigentumserwerb durch die Verfügungsvollwirkung abgelöst wurde. Der Konstitutsvertrag hatte mit der Besitzergreifung das erforderliche Besitzmittlungs-

verhältnis geschaffen. Erfolgte Besitz- und Eigentumserwerb gleichzeitig, so konnte eine weitere Vorwirkung nicht erst eintreten, sondern die Vollwirkung griff sofort Platz.

Die Konvaleszenzfähigkeit des a. c. p. bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand scheiterte regelmäßig an der Unmöglichkeit der Individualisierung des a. c. p.-Gegenstandes, der Ersatzstücke. Bei Abschluß dieses a. c. p., das ja immer eine Verfügungsart ist, ließ sich im allgemeinen noch nicht mit genügender Sicherheit sagen, welche Ersatzstücke im einzelnen später einmal tatsächlich erforderlich und angeschafft würden. Bei einer Unzahl bestehender oder künftiger Waren ist an sich die Möglichkeit gegeben, daß sie Ersatzstücke des Lagers werden. Welche Waren dies aber später wirklich sein werden, läßt sich regelmäßig erst im Moment ihrer Anschaffung sagen. Grundsätzlich mußte daher das a. c. p. an den Ersatzstücken abgelehnt werden.

Das hinderte jedoch nicht, ein einmal so abgeschlossenes a. c. p. gemäß § 140 umzudeuten in eine Vereinbarung der Selbstkontraktion nach § 181. Das geschieht im Schrifttum regelmäßig auch bei den Schriftstellern, welche das a. c. p. hier oder überhaupt ablehnen. Aus dem Kausalgeschäft des a. c. p. war der Sicherungsschuldner verpflichtet, das Eigentum an den Ersatzstücken auf den Gläubiger zu übertragen. Daß er dieser Verpflichtung nachkommen würde, war aus dem Grundsatz von Treu und Glauben bei der Vertragserfüllung zu schließen. Mit der Einverleibung der Ersatzstücke in das Lager sollte der Eigentumsübergang vollendet sein und die äußerliche erkennbare Einverleibungshandlung konnte als Erfüllungsvornahme seitens des zur Eigentumsverschaffung verpflichteten, scheinbaren Vorausverfügers angesehen werden.

C. Rechtsprechung und Schrifttum zum a. c. p.

Ist schon die Vorausverfügung im allgemeinen durchaus nicht unbestritten, so ist es das a. c. p. erst recht. Doch wird die Zulässigkeit des eigentlichen a. c. p., das ja den Besitz der vorauszuveräußernden Sache auf Seiten des Vorausveräußerers voraussetzt, ebenso wenig in Rechtsprechung

und Schrifttum angezweifelt, wie die allgemeine Vorausverfügung über schon vorhandene Rechte. Desto umstrittener ist das uneigentliche a. c. p. Von der Mehrzahl der Schriftsteller wird es für unzulässig erklärt. Vom Reichsgericht aber, dem naturgemäß fast die gesamte übrige Rechtsprechung folgt, ist es in ständiger Praxis anerkannt.

1. Das uneigentliche a. c. p. in der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Auch wenn beim Abschluß des a. c. p. der Vorausveräußerer noch nicht im Besitz der zu veräußernden Sachen ist, läßt das Reichsgericht das a. c. p. wirksam werden, mag es sich um sogenannte fremde oder um künftige Sachen handeln. Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht zeigt das uneigentliche a. c. p. des Reichsgerichts einige Besonderheiten, deren wichtigste ist, daß zu seiner Auslegung nicht auf die Analogie des § 185 II zurückgegriffen wird. Die Hauptmerkmale der reichsgerichtlichen Ansicht sollen kurz beleuchtet, und es soll zu ihnen Stellung genommen werden.

a) Die Kenntnis der einstweiligen Unwirksamkeit des a. c. p.

Das uneigentliche a. c. p. des Reichsgerichts soll nur dann wirksam werden, wenn die Parteien bei seiner Vornahme bereits wissen, daß die Verfügung zunächst nicht vollwirksam ist und gerade deshalb auf ihr späteres Wirksamwerden abstellen. In E 56, 52 ff. lehnt das Reichsgericht die Konvaleszenzmöglichkeit ab, weil die Parteien den nichtbesitzenden Vorausverfüger bereits für den Eigentümer der zu veräußernden Sache und die Verfügung daher schon mit ihrem Abschluß für sofort vollwirksam hielten. Es wird dann hinzugefügt: „Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß der auf die Eigentumsübertragung gerichtete Akt diese Wirkung, wie angenommen, später hervorrief, falls der Kläger und A daneben, ausdrücklich oder stillschweigend, vereinbart hätten, daß von dem Augenblick des demnächst zu erwartenden Besitzerwerbes seitens des A. an dieser den Besitz als Mieter des Klägers ausüben sollte, ...“ (Seite 54 a. a. O.) Worauf das Reichsgericht die Wirksamkeit dieser letzten Verfügung stützt, hat es nicht ge-

sagt. Auch den Grund, weshalb zwischen beiden Verfügungen wegen der Unkenntnis der Parteien ein Unterschied zu machen ist, hat es anzugeben unterlassen. § 185 II macht für die echte Vorausverfügung eine derartige Verschiedenheit in der Frage der Wirksamkeit nicht. Es ist nicht ersichtlich, weshalb, wenn man überhaupt das uneigentliche a. c. p. wirksam werden läßt, nicht wie die echte Vorausverfügung dies a. c. p. auch bei Unkenntnis seiner einstweiligen Unwirksamkeit sollte konvaleszieren können. Weder das auf sein Wirksamwerden abgestellte noch das von den Parteien für sofort wirksam gehaltene uneigentliche a. c. p. finden im Gesetz eine direkte Stütze. Einen praktischen Unterschied zwischen beiden zu machen, besteht solange keine Veranlassung, als Gründe gegen eine gleichmäßige Behandlung nicht ersichtlich sind. Daß solche vorhanden sind, ist sehr unwahrscheinlich, da sie in gleicher Weise auch für die echte Vorausverfügung maßgebend wären. Bei dieser aber hat der Gesetzgeber sie offensichtlich in § 185 II nicht für vorliegend erachtet.

Im übrigen ist der hier vom Reichsgericht abgelehnte Konvaleszenzfall recht selten, da die Parteien ja meist wissen werden, daß der nicht besitzende Veräußerer zur sofortigen Eigentumsübertragung gemäß § 930 noch nicht fähig ist.

b) Einfluß des Willens Dritter auf die Wirksamkeit des a. c. p.

Sodann soll nach Ansicht des Reichsgerichts für die Wirksamkeit des a. c. p. unter Umständen auch der Wille dessen, von dem der Vorausverfüger erwirbt, von Bedeutung sein. Regelmäßig wird allerdings auf diesen Willen keine Rücksicht genommen. Wenn aber der Veräußerer ein besonderes Interesse daran hat, daß nur der Vorausveräußerer und nicht durch ihn ein anderer erwerben soll, und wenn er seine dahingehende Absicht bei Vornahme des a. c. p. zu erkennen gibt, dann wird hierdurch der Erwerb durch den Vorausverfügungsgegner verhindert. Diesen für das BGB. vertretenen Standpunkt hat das Reichsgericht schon im gemeinen Recht eingenommen. In E 11, 123 ff. heißt es, daß „als regelmäßiger Sinn des Traditionsgeschäftes anzusehen

ist, daß der Tradent sich des Besitzes entäußert und es dem Empfänger überläßt, für wen er ihn ergreifen will, so daß es, um den Besitzerwerb seitens des nach dem Willen des Empfängers Vertretenen auszuschließen, der Darlegung eines ausschließlich auf Besitzerwerb des Empfängers für sich gerichteten Willens des Tradanten bedarf ...." (S. 128. a. a. O.). Ebenso läßt E. 30, 141 ff. regelmäßig Konvaleszenz eintreten, „mag auch der Tradant den Stellvertreter zum Besitzer und Eigentümer zu machen beabsichtigen, und mag es der Stellvertreter an einer Erklärung seines Stellvertreterwillens gegenüber dem Tradanten, mit dem er im eigenen Namen kontrahiert, fehlen lassen" (S. 142 a. a. O.). Für das BGB. hat das Reichsgericht seinen Standpunkt hinsichtlich der Zulassung von Ausnahmen von der Regel noch einmal klar ausgesprochen in E 100, 190 ff.: „Der Wille des Veräußerers kommt nur dann in Betracht, wenn für ihn ein besonderes Interesse bestand, daß gerade sein Vertragsgegner und niemand anders Eigentümer werden sollte. Abgesehen von diesem Ausnahmefall, entscheidet für die Frage des Eigentumserwerbes das Innenverhältnis zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen und der Wille dieser beiden" (S. 192 a. a. O.).

Eine solche Rücksichtnahme auf den Willen des Veräußerers, wenn auch nur in Ausnahmefällen, ist nach dem BGB. sicher unstatthaft. Ebensowenig wie im allgemeinen dem Erwerber vom Veräußerer mit Wirkung gegen Dritte auferlegt werden kann, die erworbene Sache überhaupt nicht oder nicht sofort weiterzuveräußern (§ 137), kann eine solche Abrede eine Vorausveräußerung an ihrer Konvaleszenz hindern. Wie allgemein kann auch hier der Veräußerer sich nur schützen, indem er dem Vorausveräußerer das Eigentum nur unter der auflösenden Bedingung der Weiterveräußerung überträgt[69]). Diese Maßnahme wird aber hinfällig, wenn dem hinsichtlich dieser Bedingung gutgläubigen a. c. p.-Gegner die Sache übergeben wird; § 161.

c) Die nur vermutete Einigkeit.

Daß die ein uneigentliches a. c. p. abschließenden Parteien bei Konvaleszenz noch einig sind, dafür spricht nach Ansicht des Reichsgerichts nur eine Vermutung. Die Einig-

69) Vgl. von Tuhr, II 1 S. 373 Note 57.

keitsfiktion unter Vorbehalt etwaigen späteren Widerrufs wird abgelehnt. Daran, daß der Vorausverfügungsgegner beim Erwerb des Vorausverfügers noch den Eigentumserwerbswillen hat, hat das Reichsgericht keinen Zweifel. Den fortbestehenden Eigentumsübertragungswillen des Vorausverfügers vermutet es besonders aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, da im Zweifel angenommen wird, daß der Vorausverfüger den regelmäßig dem a. c. p. zugrundeliegenden Verpflichtungsvertrag erfüllt. Das wird ausdrücklich gesagt in E 100, 193 bei einem zwischen den Parteien bestehenden Auftragsverhältnis: „Der Beklagte würde sonst gegen Treu und Glauben verstoßen. Der Beweis, daß der Wille nicht vorhanden war, ist nicht erbracht." Im übrigen wird der vermutete Fortbestand der Einigkeit zwischen den Parteien wohl auch auf die vormals geschlossene Einigung zurückgeführt. Wenigstens lassen das die älteren Entscheidungen, insbesondere auch die unter b) bereits zitierten gemeinrechtlichen, erkennen, da sie die andauernde Einigkeit allgemein als selbstverständlich betrachten.

Welche Gründe für eine Fiktion der Einigkeit bis zu einem erklärten Widerruf sprechen und gegen eine bloße Vermutung, ist oben unter B 2a) ausgeführt. Hier sei nur besonders noch hervorgehoben, daß bei der Ansicht des Reichsgerichts für eine Analogie des § 185 II kein Raum sein kann. Denn eine zweite gleichartige oder sonst widersprechende Vorausverfügung würde eine Vermutung für die Wirksamkeit der ersten nicht mehr zulassen.

d) Die „Betätigung" des Konstituts.

In neueren Entscheidungen, insbesondere wenn es sich um Vorausverfügungen über Ersatzstücke eines zur Sicherheit übereigneten Warenlagers handelt, stellt das Reichsgericht für die Wirksamkeit des a. c. p. noch ein weiteres Erfordernis auf. Es genügt nicht, daß die Parteien des a. c. p. bei Konvaleszenz noch einig sind, daß vor allem der Vorausverfüger den Willen hat, für den Vorausverfügungsgegner zu erwerben. Der Vorausverfüger muß diese seine Absicht erkennbar äußern, er muß das a. c. p. „betätigen" [70]).

70) Vgl. hierzu auch Cosack-Mitteis, Band II 1 S. 38 II 3 und S. 40 II.

Allerdings braucht die Absicht nicht für den an ihn Veräußernden oder gar für jeden Dritten erkennbar sein, wohl aber für einen Eingeweihten, einen „mit den Verhältnissen Vertrauten". Diese Erkennbarmachung soll sich aber als eine richtige Willensäußerung darstellen.

In J. W. 1911, S. 705[3] führt das Reichsgericht aus: „Dadurch, daß dann die Waren in die bestimmten Räume auch tatsächlich hineingeschafft worden sind, ist der Wille des H., der Vereinbarung gemäß zu handeln, auch erkennbar geworden. Diese Waren sind abgesondert in im voraus zu ihrer Aufbewahrung bestimmten Räumen gelagert und durch diese Lagerung ließen sich die so dem Kläger übereigneten Waren im einzelnen feststellen." Aehnlich liegt der in J. W. 1917, S. 217[6] entschiedene Fall: „Es kann bei dem gesetzlich als Ersatzmittel für die Uebergabe zugelassenen Besitzkonstitut nicht gefordert werden, daß die Eigentumsübertragung auch für Dritte erkennbar sei. ... Die Einverleibung von Ersatzstücken war rechtlich vollkommen genügend hinsichtlich ihrer den von vornherein als Wirkung des Besitzkonstituts gewollten Uebergang des Eigentums herbeizuführen. Die Eintragung in ein Verzeichnis, von der hiernach der Rechtserwerb an den Ersatzstücken nicht abhing, blieb tatsächlich von beweissicherndem Werte." Ergänzend mögen noch zwei Entscheidungen der amtlichen Sammlung angeführt werden; E 73, 415 ff.: „Aber selbst im Falle einer solchen in die Zukunft wirkenden Vereinbarung erfordert der VII. Senat für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang eine äußerlich in Erscheinung tretende Ausführungshandlung, die den Uebertragungswillen erkennbar macht. Noch weniger ist eine solche erkennbare Handlung (Willensäußerung) zu entbehren ....." (S. 418) und E 99, S. 208 ff.: „Es genügte also, wenn der Wechsel überhaupt, und sei es auch nur für einen mit den Verhältnissen Vertrauten, erkennbar war" (S. 210). Zum Schluß sei noch eine Entscheidung aus L. Z. 1916, S. 383[13], erwähnt, auf die in anderem Zusammenhang unter e) noch zurückzukommen sein wird: „Den Willen, die Ersatzstücke auftragsgemäß für den Kläger zu besitzen, hat der Gemeinschuldner dadurch zu erkennen gegeben, daß er sie zusammen mit den anderen dem Kläger übereigneten Sachen in seinem Gewerbebetriebe benutzte. Einer Mitteilung an den Kläger,

daß und welche Ersatzstücke angeschafft seien, bedurfte es zur Uebertragung des Eigentums nicht."

Das Moment der Betätigung des Konstituts wird vom Reichsgericht ohne jede Begründung zum Wirksamkeitserfordernis des a. c. p. erhoben. Eigentümlich ist es, daß von einer Erkennbarmachung regelmäßig dann keine Rede ist, wenn es sich um von vornherein ganz bestimmte Einzelsachen handelt. Nur gerade, wenn Ersatzstücke einer Sachgesamtheit, deren Eigentümer der Vorausverfügungsgegner schon früher durch Uebertragung der einzelnen Stücke geworden ist, in Frage stehen, wird die Konvaleszenz von einer derartigen Willensäußerung des Vorausverfügers abhängig gemacht. Offenbar verfolgt das Reichsgericht hiermit nur den Zweck, Beweisschwierigkeiten sicher zu beheben: man will wissen, was nun eigentlich tatsächlich vom a. c. p. erfaßt wird. Das wird dann mit der Betätigung des Konstituts klar. Die Frage jedoch, worauf sich das a. c. p. erstreckt, ist die nach der individuellen Bestimmtheit des Vorausverfügungsgegenstandes, mit der sich auch das Reichsgericht noch besonders befaßt hat. Davon wird alsbald, unter e) zu reden sein. Hier ist nur festzustellen, daß, wenn eine genügende Konkretisierung vorhanden ist, die Erkennbarmachung überflüssig ist. Denn dann wissen die Parteien ja von vornherein, welche Sachen Ersatzstücke sind und vom a. c. p. betroffen werden, und es erübrigt sich, dies noch einmal im Moment der Konvaleszenz erkennlich zu machen. Weiter soll aber ja nach Ansicht des Reichsgerichts auch schon eine Vermutung dafür sprechen, daß die Einigung der Parteien und besonders der Eigentumsübertragungswille des Vorausverfügers bis zum Wirksamwerden des a. c. p. fortdauert. Es ist daher auch nicht einzusehen, warum dieser bereits vermutete Wille des Vorausverfügers erst noch betätigt werden soll.

e) Die Konkretisierung.

Auch das Reichsgericht verlangt in ständiger Rechtsprechung für den Gegenstand des a. c. p. eine genügende Bestimmtheit[71]). Bei Vorausverfügungen über Ersatzstücke einer dem andern Vertragsteil be-

71) Vgl. z. B. RGE. 52, 385 ff.

reits übereigneten Sachgesamtheit hält es jedoch augenscheinlich eine Konkretisierung im Moment der Konvaleszenz für ausreichend, während beim Abschluß des a. c. p. noch Ungewißheit darüber herrschen darf, ob und welche Ersatzstücke später einmal in die Sachgesamtheit eingefügt werden. Das ergibt sich aus den bereits unter d) zitierten Entscheidungen in der L. Z. mit aller Deutlichkeit. Es heißt in dem L. Z. 1911, S. 705, veröffentlichten Urteil wörtlich: „.... und durch diese Lagerung ließen sich die so dem Kläger übereigneten Waren im einzelnen feststellen." Hier wird also erst durch die äußerlich in Erscheinung tretende Handlung, die Lagerung der Ersatzstücke in ein im voraus dafür bestimmtes Lager, die ausreichende Bestimmtheit herbeigeführt; vorher, vor allem bei Abschluß des a. c. p., war eine solche noch nicht gegeben. In L. Z. 1916, S. 383, sagt das Reichsgericht sogar, nachdem es die Benutzung der Ersatzstücke durch den Vorausverfüger als genügende Betätigung des Uebereignungswillens anerkannt hat: „Einer Mitteilung an den Kläger, daß und welche Ersatzstücke angeschafft seien, bedurfte es zur Uebertragung des Eigentums nicht". Danach wird erst im Moment der die Konvaleszenz angeblich bewirkenden Erkennbarmachung klar, und zwar auch nur dem Vorausverfüger oder einem sonstigen mit den Verhältnissen Vertrauen, welche Ersatzstücke von dem seinerzeit vereinbarten a. c. p. erfaßt werden. Der Vorausverfügungsgegner weiß auch dann noch nicht, welche Ersatzstücke seiner Sachgesamtheit einverleibt sind. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die spezielle Bestimmtheit des a. c. p.-Gegenstandes nicht erst beim Wirksamwerden der Vorausverfügung gegeben sein darf. Vielmehr müssen beide Parteien, da es sich ja um eine Verfügung handelt, bei welcher die Einigung schon im voraus geschlossen ist, zur Zeit ihres Abschlusses bereits wissen, worüber sie sich einigen, über welche individuell bestimmten Gegenstände sie vorausverfügen wollen.

Eine neuere Entscheidung, die sich mit der Konkretisierung befaßt und den Standpunkt des Reichsgerichts klar erkennen läßt, befindet sich in J. W. 1926, S. 2681[11], wo allerdings nicht von einem a. c. p. sondern von einer Vorausverfügung nach § 931 die Rede ist. Einem Gläubiger wird hier ein Mehllager mit wechselndem Bestand sicher-

heitshalber übereignet mit der Maßgabe, daß dieses von dem Lagerhalter jeweils auf einen Mindestbestand von 3500 Sack erhalten werden muß. Einen Mangel an genügender Bestimmtheit sieht das Reichsgericht lediglich darin, daß ein Teil der später in das Lager eintretenden Ersatzstücke nur unter Eigentumsvorbehalt dem Vorausverfüger übereignet sind, vorausgesetzt, daß in diesem Fall der Vorausverfügungsgegner hinsichtlich des Eigentumsvorbehaltes nicht gutgläubig gewesen sein sollte: „Hätte also die Beklagte an allen nachträglich unter Eigentumsvorbehalt gelieferten und in die betreffenden Lager aufgenommenen Waren gutgläubig Eigentum erworben, so würde nach wie vor der gesamte Lagerbestand den Gegenstand der Sicherungsübereignung gebildet haben und damit die Bestimmtheit desselben gewahrt geblieben sein." Hieraus folgt, daß es für das Reichsgericht, wenn ein solcher Eigentumsvorbehalt nicht gemacht ist, von vornherein klar ist, daß die von dem Vorausverfüger zu freiem Eigentum erworbenen Ersatzstücke in das Eigentum des Sicherungsgläubigers fallen. Denn die genügende Bestimmtheit soll dann schon vorhanden sein, wenn einfach der jeweilige gesamte Lagerbestand zum Gegenstand der Sicherungsübereignung gemacht wird. Hierbei wird nur übersehen, daß der jeweilige Bestand sich auch nur jeweils feststellen läßt, daß man ihn aber nicht von vornherein für die Folgezeit bestimmen kann. Wohl läßt sich jederzeit Gewißheit darüber schaffen, was im einzelnen augenblicklich zum Lager gehört. Die Parteien wissen dann jedoch noch nicht, welche speziellen Stücke später einmal dem Lager einverleibt werden. Darüber müssen sie sich aber sogar schon bei Abschluß der die Vorausverfügung enthaltenden Sicherungsübereignung klar sein.

f) Das a. c. p. des Reichsgerichts und § 181.

Das, was das Reichsgericht bei der Uebereignung von Ersatzstücken hinsichtlich der Konkretisierung zu wenig verlangt, sucht es durch das Moment der Erkennbarmachung wiedergutzumachen. Dadurch kann jedoch das wegen ungenügender Bestimmtheit von Haus aus nichtige a. c. p. nicht geheilt werden. Wohl aber besteht grundsätzlich die Möglichkeit, das a. c. p. des Reichsgerichts gemäß § 140 umzudeuten in eine Selbstkontraktion nach § 181. Das obliga-

torische Grundgeschäft verpflichtet den Vorausverfüger, seinem Gegner das Eigentum auch an den Ersatzstücken zu verschaffen. Dieser Verpflichtung kommt er bei seinem Erwerbe dann dadurch nach, daß er durch die Einverleibung in die dem Vorausverfügungsgegner gehörende Sachgesamtheit oder durch eine sonstige äußerlich erkennbare Handlung nicht nur seinen Eigentumsübertragungswillen, sondern zugleich auch sein Einverständnis als Vertreter des Gläubigers mit dieser Uebereignung zum Ausdruck bringt. In diesem Sinne wird man die „Betätigung des Konstituts" ohne Bedenken gemäß § 140 auslegen können[72]). Das Reichsgericht lehnt natürlich eine solche Umdeutung ab; doch hat es früher selbst in einem gleichen Fall mit § 181 direkt gearbeitet[73]), hiervon aber später unbedingten Abstand genommen.

g) Die Unsittlichkeit der Sicherungsübereignung mittels a. c. p.

Eine nicht unbedeutende Rolle spielt vor allem neuerdings in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern die Sittenwidrigkeit der Kreditsicherung. Das Reichsgericht stützt sich hier entweder auf § 826, indem es dem Sicherungsnehmer eine Schadensersatzpflicht auferlegt; oder es erklärt die Sicherungsübereignung nach § 138 überhaupt für nichtig und gibt somit den anderen Gläubigern auch die Möglichkeit, sich zu ihrer Befriedigung an das Lager zu halten. Von einer Schadensersatzpflicht aus § 826 spricht die Entscheidung in J. W. 1921, S. 1363[6]: „Aber die Kreditsicherung wird dann sittenwidrig, wenn sie darauf angelegt ist und zu der unabweislich voraussehbaren Folge führen muß, daß andere Gläubiger dem Schuldner gleichwohl weitere Waren liefern, ohne von diesem, der sich aller eigenen Befriedigungsmittel entblößt hat, den kreditierten Preis eintreiben zu können, während die Waren und deren Wert lediglich der beklagten Bank zugute kommen. Gläubiger, die unter solchen Voraussetzungen durch die ihnen verborgen gehaltenen Sicherungsübereignungen einem von der Bank

72) So auch Wolff, § 163, I 1 der Note 16.
73) Vgl. Rb. in DJZ. 1903, S. 153.

vorhersehbaren Irrtum über die wahre Geschäfts- und Kreditlage ausgesetzt werden, können allerdings nach § 826 die Bank für den Schaden verantwortlich machen." Andererseits soll das ganze Sicherungsgeschäft gemäß § 138 nichtig sein in J.W. 1924, S. 176[14]: „Daß in einem solchen einen einzelnen Gläubiger begünstigenden, den Anschein der Kreditfähigkeit wahrenden und so die Lieferanten des Schuldners in hohem Maße gefährdenden Sicherungsvertrage ein Verstoß gegen die guten Sitten gefunden werden kann, ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt."

In beiden Fällen, bei § 826 wie bei § 138, wird die Sittenwidrigkeit hauptsächlich in der Geheimhaltung des Sicherungsvertrages gesehen. Daß das Vorliegen von Sittenwidrigkeit grundsätzlich durch das anderen Gläubigern des Schuldners zustehende Anfechtungsrecht ausgeschlossen wird, und inwieweit die Sicherungsübereignung wegen ihrer abstrakten Natur überhaupt gemäß § 138 nichtig sein kann, ist oben unter B. 3a bereits ausgeführt. Ergänzend soll nur noch bemerkt werden, daß gemäß § 139, wenn überhaupt, das Verfügungsgeschäft immer dann nichtig sein wird, wenn der obligatorische Sicherungsvertrag zugleich das Besitzmittlungsverhältnis schaffen soll. Bei der Prüfung der Unsittlichkeit ist ferner nicht zu vergessen, daß die Gefährdung anderer Gläubiger des Sicherungsgebers sehr häufig mehr in der allzu großen Vertrauensseligkeit und Unvorsichtigkeit dieser Gläubiger als in der Geheimhaltung des Sicherungsgeschäftes seine Ursache haben wird.

Das Reichsgericht spricht sich nicht darüber aus, warum es in dem einen Fall § 826, in dem andern § 138 verwendet. Logischer Weise ist davon auszugehen, daß § 826 regelmäßig erst dann in Frage kommen kann, wenn die Geheimhaltung der Sicherungsübereignung deren Nichtigkeit gemäß § 138 nicht nach sich zieht. Denn andere Gläubiger können auf Kosten des Sicherungsnehmers in der Regel nur dann geschädigt werden, wenn die Uebereignung gültig ist. Ist sie das nicht, so steht einer Befriedigung der anderen Gläubiger des Sicherungsgebers, dem ja der Besitz belassen wird, nichts entgegen. Im übrigen genügt es bei gültiger Sicherungsübereignung nicht schon für den Tatbestand des § 826, wenn der Sicherungsnehmer sich hätte sagen müssen, daß andere Gläubiger durch die Geheimhaltung geschädigt

werden können; er muß sich dieser Schädigung bewußt gewesen sein. In erster Linie wird ihm aber ja nicht daran liegen, die ihm sicherheitshalber übereigneten Waren für sich zu verwerten, sondern er will das Geld, das der Sicherungsgeber ihm schuldet, erlangen; und zu diesem Zweck soll dann auch das Geschäft des Schuldner fortgeführt und gegebenenfalls saniert werden. Nur in ganz besonderen Ausnahmefällen wird ein Vorsatz, andere Gläubiger zu schädigen, auf Seiten des Sicherungsnehmers vorliegen oder gar nachzuweisen sein. Im allgemeinen wird man sagen können, daß die sich wegen Geheimhaltung des Sicherungsgeschäfts auf § 826 oder auf § 138 stützenden, den übrigen Gläubigern des Sicherungsgebers günstigen Entscheidungen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zum mindesten recht bedenklich sind.

Nichtigkeitsgrund für das Sicherungsgeschäft ist nach Ansicht des Reichsgerichts gemäß § 138 nicht nur die Geheimhaltung, sondern oft auch der Umstand, daß in unsittlicher Weise die Erwerbsfähigkeit des Schuldners beschränkt wird. Hier sollen die Interessen des Schuldners gewahrt werden. Er soll gegen einen sogenannten Knebelungsvertrag geschützt werden, wenn er sein ganzes Warenlager, das oft im wesentlichen sein Vermögen ausmacht, nebst den später einzuführenden Ersatzstücken übereignet. Zunächst ist hierbei zu beachten, daß auch schon der Sicherungsvertrag hinsichtlich des vorhandenen Lagerbestandes immer dann nichtig ist, wenn er nicht ausnahmsweise in der in § 311 vorgeschriebenen Form geschlossen ist. Da aber auch alle Ersatzstücke des Lagers mittels a. c. p. sofort mit ihrem Erwerb übergehen sollen, ergreift der Sicherungsvertrag zum mindesten einen Teil des künftigen Schuldnervermögens. Ist nun aber die Verpflichtung zur Uebertragung des künftigen Vermögens gemäß § 310 nichtig, so ist es argumento a fortiore erst recht die Verfügung darüber[74]). Die Nichtigkeit des a. c. p. wird dann oft die Nichtigkeit des ganzen Geschäftes nach sich ziehen. Wenn man nun aber aus § 310 schon die Nichtigkeit einer derartigen Vereinbarung folgern muß, ist für § 138 als einer lex generalis kein Raum mehr.

74) von Thur, II 1 S. 390.

2. Das uneigentliche a. c. p. im Schrifttum.

Gerade in Rücksicht auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts ist das uneigentliche a. c. p. auch im Schrifttum Gegenstand lebhafter Erörterungen geworden. Auf die Ansichten einiger bekannter Schriftsteller soll kurz eingegangen werden.

a) von Thur.

Zunächst ist hier von Tuhr zu nennen. Er betrachtet allem Anschein nach auch das uneigentliche a. c. p. als echte Vorausverfügung. Allerdings spricht er bei der Vorausverfügung durch Besitzkonstitut in seinem allgemeinen Teil II 1. S. 383 Note 116 selbst nur vom Fehlen des Eigentums; doch bezieht er sich dort auf seine Stellungnahme in Iherings Jahrb. 48, S. 47, wonach das a. c. p. auch beim Fehlen des Besitzes später wirksam werden soll. Von einer Widerruflichkeit des a. c. p. bis zum Besitzerwerb ist keine Rede. Mit Recht lehnt nun Tuhr in Iherings Jahrb. a. a. O. ab, daß der Wortlaut des § 930 das Vorhandensein des Besitzes auf Seiten des Vorausveräußerers schon bei Geschäftsabschluß verlangt. „Denn der Gesetzgeber denkt nur an den nächstliegenden Fall, daß der Verfügende bereits Eigentümer ist, und verweist für den Fall, daß ihm der Besitz fehlt, auf die Eigentumsübertragung nach § 931. Aus dem Wortlaut des § 930 kann man meines Erachtens nur folgern, daß der Eigentumserwerb des antizipierten Besitzkonstituts erst in dem Moment wirksam wird, in welchem der Tradent selbst Eigentum und Besitz erwirbt“ [74a]). Tuhr übersieht aber wohl, daß bei unmittelbarer Anwendung des § 185 II zur Zeit des Abschlusses des a. c. p. nur noch das Eigentum, nicht auch der Besitz dem Veräußerer fehlen darf, und daß § 868 die Innehabung des Besitzes für die Schaffung des Besitzmittlungsverhältnisses erfordert [75]).

Die Zulässigkeit des (uneigentlichen) a. c. p. will Tuhr überdies auch mit seiner Unentbehrlichkeit begründen. Er

74a) Vgl. Müller a. a. O., S. 240, der hinsichtlich des § 930 ganz richtig sagt: „Der Vordersatz ist kondizionalen, nicht temporalen Charakters“.

75) Vgl. oben *B.* 1 *a*.

setzt in Iher. Jahrb. a. a. O. folgenden Fall: X, der eine Forderung auf Lieferung einer Sache gegen Z. hat, verkauft diese Sache an A und vereinbart zugleich, noch ehe ihm die Sache geliefert ist, ein a. c. p. mit Hilfe eines einjährigen Mietvertrages; sodann wird die Sache dem X von Z übergeben. Wenn man jetzt, so meint Tuhr, mit den Gegnern das a. c. p. für unwirksam hielte, so müßte X Eigentümer der Sache geworden sein. Er wäre aber verpflichtet, A das Eigentum zu verschaffen. Uebereignung nach § 929 wäre wegen des Mietsvertrages erst nach einem Jahr möglich. Auch § 931 könnte keine Anwendung finden. Es bliebe demnach nur § 930; hiernach jedoch könnte die Uebertragung lediglich stattfinden, wenn, da die Miete nicht nochmals geschlossen werden könnte, ein anderes Rechtsverhältnis des § 868 vereinbart würde. — Diese Beweisführung leidet an erheblichen Mängeln. Denn einmal ist der Mietvertrag Bestandteil des a. c. p. und müßte daher mit der dinglichen Einigung der Nichtigkeit gemäß § 139 verfallen. Dann aber steht dem Abschluß eines neuen Besitzkonstitutes mit einem neuen Mietvertrage nach dem Erwerb des Eigentums durch X. nichts im Wege. Warum im übrigen neben einem bereits gültig geschlossenen Mietvertrages nicht ein zweiter Mietvertrag sollte geschlossen werden können, ist auch nicht einzusehen. Aber wollte man selbst in beiden Fällen Tuhr Recht geben, so ließen sich auch seine weiteren Folgerungen nicht halten. Da bei einem noch gültigen Mietvertrag A nach der Uebergabe der Sache an X mittelbarer und X unmittelbarer Besitzer ist, so ist, wenn beide sich erneut über den Eigentumsübergang einigen, dieser auch ohne Abschluß eines neuen Besitzmittlungsvertrages möglich. Man braucht nicht einmal anzunehmen, daß, da mit dem erneuten Abschluß der Einigung nunmehr beide Erfordernisse des Konstitutes, Einigung und Besitzmittlungsverhältnis, vorliegen, damit die Uebereignung erfolgt ist. Auf jeden Fall ist hier das Eigentum gemäß § 929 Satz 2 auf A übergegangen. Denn da die Ersatzübergabe des § 868 stattgefunden hat, ist der Erwerber A im Besitz der Sache; ob dies unmittelbarer oder mittelbarer Besitz ist, bleibt sich gleich[76]). Tuhr dürfte an Hand dieses seines Beispiels die Unentbehrlichkeit

76) Wolff, § 66 II.

und eine etwa daraus zu folgernde Zulässigkeit des uneigentlichen a. c. p. keineswegs nachgewiesen haben.

Tuhr nimmt, soweit ersichtlich, dazu, ob ein a. c. p. über Ersatzstücke einer dem Vorausverfügungsgegner übereigneten Sachgesamtheit möglich ist, keine Stellung. Doch fordert auch er auf jeden Fall bei jeder Vorausverfügung die individuelle Bestimmtheit des Vorausverfügungsgegenstandes. „Eine Verfügung über ein künftiges wie über ein gegenwärtiges Recht ist nur dann gültig, wenn das von ihr betroffene Recht mit der nötigen Bestimmtheit bezeichnet ist". (Allg. Teil II 1 S. 390. Text zu Note 152).

b) Wolff.

Wolff bezeichnet sich selbst als Gegner des (uneigentlichen) a. c. p. und wendet sich besonders gegen die Theorie des Reichsgerichts. Nach ihm muß der Veräußerer im Moment des Geschäftsabschlusses sich unbedingt im Besitz der vorauszuveräußernden Sache befinden. „Hat er zu dieser Zeit den Besitz verloren oder ihn noch nicht erlangt, so kann er nicht durch Konstitut übereignen. Er kann allerdings jederzeit verabreden, daß er für den Fall der Besitzerlangung Besitzmittler (z. B. Verwahrer oder Mieter) des Erwerbers werden wolle, aber er verschafft dann dem andern Teil den mittelbaren Besitz erst in dem Zeitpunkte, in dem er selbst den (Unter-) Besitz erlangt; und folglich muß noch in diesem Zeitpunkte die Einigkeit der beiden über den Eigentumsübergang vorhanden sein..... Die Einigung über den Eigentumsübergang, die der Uebergabe oder ihren Surregaten vorausgeht, ist unwirksam." (Lehrbuch § 67 I. 2.) Wolff steht nun andererseits bekanntlich[77]) auf dem Standpunkt, daß die vor der Uebergabe oder ihrem vollen Ersatz geschlossene Einigung im Zweifel eine Vermutung für eine auch später noch vorhandene Einigkeit begründet. Dann aber kann die vorherige Einigung auch von ihm nicht als ganz wirkungslos angesehen werden. Man müßte hiernach vielmehr annehmen, daß Wolff der von ihm ausdrücklich abgelehnten Ansicht des Reichsgerichts, das ja die Einigkeit auch nur vermutet und gleichfalls ein bewußtes Abstellen der Parteien auf den Fall der Besitzergreifung

77) Vgl. oben *B.* 2*a* Anm. 55.

fordert, folge, wobei von ihm das Moment der Erkennbarkeit nicht einmal gefordert würde.

Für die in § 163 I 1d ausgesprochene Ablehnung des a. c. p. bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand führt er besondere Gründe nicht an.

c) Enneccerus.

Enneccerus ist sich bewußt, daß beim Fehlen des Besitzes im Zeitpunkt des Abschlusses es sich nur um ein uneigentliches a. c. p. handelt. Es heißt bei ihm in § 167 Anm. 5: „Dieses sog. „antizipierende Konstitut" wird in Wahrheit erst vollendet durch die Besitzergreifung des Vertreters. Das Geschäft des Konstituts setzt sich aus zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ausgetauschten Erklärungen, daß die demnächst stattfindende Besitzergreifung für den Vertretenen erfolge und auf ihn Eigentum übertrage, und aus der Besitzergreifung selber (deren Sinn nach jenem Einverständnis auszulegen ist) zusammen." Enneccerus betrachtet das uneigentliche a. c. p. anscheinend nicht vom Standpunkt der Vorausverfügung, da er es wie das Reichsgericht nur wirksam werden läßt, wenn die Parteien die einstweilige Unwirksamkeit kennen. Trotzdem er sich für seine Ansicht auf das Reichsgericht beruft, deckt diese sich mit dessen Auffassung nicht. Denn einmal wird nach ihm die spätere Einigkeit aus der vorhergegangenen Einigung nicht nur vermutet, sondern die Fortdauer der Einigkeit wird vielmehr in der Zwischenzeit fingiert[78]). Zum andern verlangt er im Gegensatz zum Reichsgericht keine „Betätigung" des Konstitutes.

Darüber, ob schon bei Abschluß des a. c. p. dessen Gegenstand individuell bestimmt sein muß, läßt Enneccerus, der diese Forderung für die echte Vorausverfügung aufstellt[79]), sich nicht aus.

d) Höniger.

Ein besonders heftiger Gegner des a. c. p. ist Höniger in seiner „Sicherungsübereignung von Warenlagern", S. 111 ff. Zu der Vorausübertragung der Ersatzstücke sagt

78) Siehe § 136 *B.* 1.
79) Vgl. § 302, 2. Anm. 13.

er: „Erwerb und Verlust des Eigentums in ein und demselben Akte, das ist ein in sich unlöslicher Widerspruch. Das Ergebnis dieser Konstruktion wäre: Der Schuldner würde für sich das Eigentum erwerben und sogar von sich auf weiter übertragen; er selbst aber würde auch nicht den Bruchteil einer Sekunde Eigentümer geworden sein. Ein Erwerb des Eigentums, der notwendig den gleichzeitig mit dem Erwerb sich vollziehenden Verlust desselben in sich schließt, ist eben in Wahrheit kein Eigentumserwerb. Uno actu vor sich gehender Erwerb und Verlust für dieselbe Person heben sich auf." Hönigers Schlußfolgerungen sind richtig; sie richten sich im Grunde genommen nur gegen die sogenannte Durchgangstheorie, indem festgestellt wird, daß der Vorausverfüger niemals Eigentümer wird. Doch ist darin keineswegs ein unlöslicher Widerspruch zu sehen. Denn § 185 II trifft die gleiche Regelung zum mindestens für die echte Vorausverfügung. Aber selbst bei der Durchgangstheorie handelt es sich nur um einen uno momento, nicht um einen uno actu sich vollziehenden Eigentumserwerb und -verlust. Auch sie fordert zwei Rechtshandlungen, den Vorausverfügungs- und den Erwerbstatbestand. Nur sollen beide Handlungen im gleichen Moment wirksam werden, während richtiger das Wirksamwerden des zweiten Geschäftes als durch die Wirkung der vorhergehenden Vorausverfügung vereitelt angesehen werden muß.

„Der in eigenem Namen Erwerbende scheidet dann als bloße Mittelsperson vollkommen aus. Daher findet ein unmittelbarer Erwerb eines indirekt Vertretenen statt." Gerade das wird von den Gegnern der Durchgangstheorie, die diese Tatsache nicht beachtet, angenommen und steht auch mit Sinn und Wortlaut des § 185 II durchaus nicht in Widerspruch.

Gegen jede Konstruktion eines a. c. p. soll nach Höniger der § 164 II sprechen. „Gerade in letzter Zeit mehren sich in bedenklicher Weise die Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen es mit dem antizipierten Besitzkonstitut zu allen möglichen Zwecken operiert. Hielte das Reichsgericht an diesen Entscheidungen fest, so würde es eben einfach die indirekte Stellvertretung mit direkter Wirkung beim Eigentumserwerb anerkennen. Es würde bei einem zweifellosen Rechtsgeschäft die Anwendung des § 164 II

ausschließen. Es sollte sich aber dann wenigstens dazu bekennen, daß dies contra legem geschieht. Es müßte schwerwiegende Gründe dafür aufbringen, daß es sich vom Gesetz entfernt ...." Hier sollte man wirklich meinen, daß Höniger vom § 185 noch nie etwas gehört habe. So ist doch wohl unbestreitbar, und bisher auch allgemein anerkannt, daß eine mit Zustimmung des Berechtigten in eigenem Namen vorgenommene Verfügung eines Nichtberechtigten trotz mittelbarer Vertretung unmittelbaren Rechtsübergang zur Folge hat. Wenn man nun dasselbe für das uneigentliche a. c. p. oder gar nur für die echte Vorausverfügung des § 185 II nicht in Abrede nimmt, wird von einer Vergewaltigung des Gesetzes ernstlich keine Rede sein können. Sinn und Zweck des § 164 II ist doch regelmäßig nur, daß der mittelbare Stellvertreter, wenn er dem Vertragsgegner sein Handeln im fremden Namen nicht zu erkennen gegeben hat, diesem aus dem Verpflichtungsgeschäft für die Erfüllung der für den mittelbar Vertretenen eingegangenen Verbindlichkeit haften soll[80]).

Ueber den die Zulässigkeit des a. c. p. bei Sicherungsübereignungen von Warenlagern hindernden, regelmäßig vorhandenen Mangel der individuellen Bestimmtheit der Ersatzstücke verliert Höniger kein Wort.

III. Schluß: Abarten des a. c. p.

Bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand scheiterte die Wirksamkeit einer gleichzeitigen Vorausübereignung der vom Lagerhalter in der Folgezeit anzuschaffenden Ersatzstücke an den Eigentümer des Lagers regelmäßig daran, daß bei Verfügungsabschluß eine Individualisierung noch nicht möglich war. Zwei dem erwähnten ganz ähnlich gelagerte Fälle hat der Gesetzgeber im BGB. besonders und im positiven Sinne geregelt. In

80) Hinsichtlich der von Höniger in ähnlicher Weise abgelehnten Möglichkeit einer dem Schuldner vom Gläubiger erteilten Verfügungsermächtigung gemäß § 185 I hinsichtlich des Lagerbestandes vgl. Wolff, Ehrenbergs Handbuch IV 1, S. 15 f. Anm. 7.

den §§ 588 u. 1048 wird wie bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand dem Pächter oder Nießbraucher eines Grundstücksinventars innerhalb gewisser Grenzen ein freies Verfügungsrecht über die einzelnen Inventarstücke eingeräumt: dafür gehen dann die von dem Inventarbesitzer neu angeschafften Ersatzstücke mit der Einverleibung in das Inventar ohne weiteres auf den Verpächter oder Nießbrauchbesteller zu Eigentum über.

Bei Abschluß des Pacht- oder Nießbrauchvertrages steht wie bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern die individuelle Bestimmtheit der Ersatzstücke regelmäßig noch aus. Während nun aber bei letzterer das Fehlen dieses Erfordernisses unbedingt die Unwirksamkeit des a. c. p. nach sich zieht, ist in den Fällen der Verpachtung von eisernem Inventar oder der Nießbrauchbestellung daran vom Gesetz ausdrücklich zugelassen worden, daß die Individualisierung erst nachträglich erfolgt. Dieses geschieht spätestens mit dem Moment der Einverleibung in das Inventar.

Die Möglichkeit des Fehlens der individuellen Bestimmtheit der Vorausverfügungsgegenstände zeigt, daß es sich in den §§ 588, 1048 um Abarten des a. c. p. handelt. Der Eigentumsübergang an den Ersatzstücken ist indessen kein rein gesetzlicher, er wird vielmehr durch eine rechtsgeschäftliche, wirkliche Vorausverfügung bewirkt. Die Bestimmung hinsichtlich der Ersatzstücke wird auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung regelrechter Bestandteil des Pacht- oder Nießbrauchvertrages. Der Eigentumsübergang erfolgt daher durch diesen früher abgeschlossenen Vertrag und ist folgeweise ein rechtsgeschäftlicher.

Das a. c. p. der §§ 588, 1048 hat nicht nur die eine Besonderheit, daß die Individualisierung nicht bei Abschluß der Vorausverfügung erfolgen muß, sondern regelmäßig noch eine weitere. Der Uebergang des Eigentums an den Ersatzstücken auf den Eigentümer des Inventars erfolgt regelmäßig nicht schon mit dem Erwerbe durch den Inventarbesitzer. Maßgebender Zeitpunkt ist vielmehr die Einverleibung in das Inventar und diese wird häufig mit dem Erwerb nicht zeitlich zusammenfallen. Erwirbt so der Inventarbesitzer Ersatzstücke, so wird er zunächst Eigentümer, verliert aber sein Eigentum auf Grund der seinerzeitigen Vorausverfügung mit der Einverleibung zugunsten

des Inventareigentümers. Dieser erwirbt nur dann Eigentum, wenn die Eigentumsübertragung auf den Inventarbesitzer gültig gewesen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist im Moment der Einverleibung noch nicht möglich, weil die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes auf den Verpächter oder Nießbrauchbesteller fehlt. Wird der Pachtvertrag und damit die Vorausverfügung wirksam angefochten, so wird der Einverleibung nachträglich die Eigentum übertragende Kraft genommen; die Ersatzstücke sind dann Eigentum des Inventarbesitzers. Fällt Erwerb durch den Besitzer und Einverleibung zeitlich zusammen, so erfolgt wie bei jedem a. c. p. unmittelbarer Rechtsübergang auf den Inventareigentümer. In allen Fällen kommt es aber, wenn die Einverleibung erfolgt, niemals darauf an, ob der Pächter oder Nießbraucher in diesem Moment den Willen hat, dadurch Eigentum zu übertragen. Ja, ein geradezu entgegenstehender Wille ist selbst dann unbeachtlich, wenn er erkennbar zum Ausdruck gebracht wird.

Den soeben behandelten beiden a. c. p. Abarten im Pacht- und Nießbrauchrecht hat der Gesetzgeber im Gesetz, betreffend die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter, vom 9. Juli 1926 einen weiteren Sonderfall hinzugesellt, der indessen nicht eine Vorausübereignung, sondern eine Vorausverpfändung zum Gegenstand hat.

Während bisher im geltenden Recht der Grundsatz, daß bewegliche Sachen nur bei Aufgabe des unmittelbaren Besitzes rechtsgültig verpfändet werden können, streng durchgeführt war, ist er jetzt durch das Gesetz von 1926 durchbrochen. Unter besonderer Berücksichtigung der Notlage des Pächterstandes in der Landwirtschaft ist für die Verpfändung des eigenen Inventars anstelle der Aufgabe des unmittelbaren Besitzes das Besitzkonstitut zugelassen. Man hat allerdings nach wie vor dem Gedanken der Offenkundigkeit Rechnung getragen und die Niederlegung eines schriftlichen Verpfändungsvertrages bei Gerichtsstelle zur Voraussetzung der Wirksamkeit der Verpfändung auch gegenüber Dritten gemacht. Gemäß § 3 des Gesetzes kann aber nicht nur das bei Abschluß des Verpfändungsvertrages vorhandene Pächterinventar ohne Besitzaufgabe verpfändet werden. Der Vertrag enthält, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil verein-

bart und auch diese Vereinbarung bei Gericht niedergelegt ist, außerdem auch eine Vorausverpfändung der zur Zeit noch unbestimmten Ersatz- oder sonstigen später hinzukommenden Inventarstücke. Sie gehen mit der Einverleibung in das Pfandrecht des Gläubigers über. Anders wie in den §§ 588, 1048 handelt es sich hier aber niemals um eisernes Inventar. Es muß vielmehr das Inventar dem Pächter angehören, mag es ganz und gar sein Eigentum sein oder nur sogenanntes Ueberinventar vorhanden sein.

Die praktische Bedeutung des Kapitalkreditbeschaffungsgesetzes ist, was man eigentlich nicht hätte erwarten sollen, bisher noch eine verhältnismäßig geringe. Die Sicherungsübereignung, die durch das neue Gesetz beseitigt werden sollte, ist auch jetzt immer noch das Mittel, welches regelmäßig bei Beleihungen im Pächterstande gewählt wird. Die offenbaren Vorzüge, die das Gesetz von 1926 gegenüber der Sicherungsübereignung beiden Vertragsparteien bietet, sind anscheinend noch nicht in genügender Weise bekannt geworden. Meist liegt die Nichtanwendung des neuen Rechtsinstitutes wohl an den Geldgebern, die durch die ihnen bekannte Uebereignung mehr gesichert zu sein glauben. Oft wollen aber auch die Pächter nicht, daß es bekannt wird, daß sie ihr Inventar haben verpfänden müssen. Zweifellos wird aber von den Parteien verkannt, daß ja der Pächter sein Inventar nur mit einem Pfandrecht belastet wird, während ihm das Eigentum verbleibt. Andererseits bedenkt der Gläubiger nicht, daß er hinsichtlich der Ersatzstücke nach dem neuen Gesetz von vornherein dinglich gesichert ist. Denn der Pfandschuldner bringt, mag er einen dahingehenden Willen haben oder nicht, mit der Einverleibung das Pfandrecht an den Ersatzstücken zum Entstehen, während er, wenigstens nach der Reichsgerichtsansicht, bei der Sicherungsübereignung den Eigentumsübergang der Ersatzstücke auf den Gläubiger einseitig hindern kann, selbst wenn er die Einverleibung in das Inventar vornimmt; er braucht nur seinen entgegenstehenden Willen irgendwie äußerlich erkennbar zum Ausdruck zu bringen.

Lebenslauf.

Als zweiter Sohn des damaligen Rechtsanwalts in Braunschweig, jetzigen Bürgermeisters in Boizenburg (Mecklenburg), Richard Fischer, bin ich am 3. März 1903 in Braunschweig geboren. Ich habe zunächst die gehobene Stadtschule in Lüchow (Hannover), sodann die Klassen Quarta bis Oberprima des humanistischen Gymnasiums zu Salzwedel (Altmark) besucht. Nach Ostern 1921 bestandener Reifeprüfung habe ich mich auf den Universitäten München, Berlin und Rostock je zwei Semester dem Studium der Rechte gewidmet. Am 23. Oktober 1924 bestand ich die erste juristische Amtsprüfung und bin seit dem 1. November 1924 als Justizreferendar im Mecklenburg-Schwerinschen Staatsdienst beschäftigt.